

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA - UNIR
CAMPUS CACOAL
DEPARTAMENTO DO CURSO DE DIREITO

A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

Igor Travain De Souza

Cacoal-RO
2008

IGOR TRAVAIN DE SOUZA

A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentada à Fundação
Universidade Federal de Rondônia –
Campus Cacoal, como requisito
parcial para obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas, sob
a orientação da Prof^a. Mestre Maria
Priscila Soares Berro.

**Cacoal-RO
2008**

SOUZA, I. T.
A Flexibilização da Legislação Trabalhista/
Igor Travain de Souza – 2008
Vii, 92 f., enc.; 30cm.

Monografia – Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus Cacoal*, 2008.
Bibliografia: f. 87-92

I – Título

Dedico este trabalho à minha família e amigos, que compartilham comigo o entusiasmo na realização deste Projeto de Vida.

Agradeço a Professora Maria Priscila, mestre orientadora, por seu exemplo de sabedoria e afabilidade, pela confiança que depositou em mim e por sua infinita paciência diante de minhas dúvidas;

A todos os meus professores que com tanta dignidade se dedicam ao magistério do Direito;

A minha namorada, Rebeca, por seu amor, carinho e extremada dedicação;

A minha mãe, Vera, pela paciência em tolerar minha ausência, a meu padrasto, Nério, paradigma de homem e a meu pai, Márcio, *in memoriam*;

Aos colegas de classe, por todo o tempo que estivemos juntos, pelas brincadeiras e momentos sérios, baladas, viagens, etc;

E, finalmente, a Deus por abençoar o meu caminho e me dar à benção da vida.

Não se pode contestar que uma nova ordem jurídica está surgindo das entranhas convulsionadas da sociedade contemporânea.

Orlando Gomes

PARECER DE ADMISSIBILIDADE DO PROFESSOR ORIENTADOR

O Acadêmico **IGOR TRAVAIN DE SOUZA**, desenvolveu o Trabalho de Conclusão de Curso de Direito-TCC, sobre o tema: **A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA**, obedecendo aos critérios do Projeto de Monografia apresentado ao Departamento de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR, *Campus* de Cacoal/RO.

O acompanhamento foi efetivo, tendo o desenvolvimento do trabalho observado os prazos fixados pelo Departamento de Direito.

Assim sendo, o Acadêmico está apto para a apresentação expositiva de sua Monografia junto à Banca Examinadora.

Cacoal/RO, 07 de Março de 2008.

Maria Priscila Soares Berro
Orientadora

IGOR TRAVAIN DE SOUZA

A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

AVALIADORES

_____ 1º Avaliador (a)	_____ Nota
---------------------------	---------------

_____ 2º Avaliador (a)	_____ Nota
---------------------------	---------------

_____ 3º Avaliador (a)	_____ Nota
---------------------------	---------------

_____ Média Final

**Cacoal-RO
2008**

RESUMO

SOUZA, Igor T. A Flexibilização da Legislação Trabalhista, 92 folhas, Trabalho de Conclusão de Curso. Fundação Universidade Federal de Rondônia - *Campus* de Cacoal. 2008.

A tônica da legislação trabalhista brasileira é a tendência de proteger o trabalhador hipossuficiente em relação ao empregador. Com a globalização, vivenciamos profundas transformações tecnológicas e econômicas que atingem o mundo, de hoje, e estas não podem ser interpretadas com o espírito do passado. Estamos em uma nova realidade que gera novas condições de trabalho. O critério da subordinação, mostra-se insuficiente diante do cenário de desemprego e precarização do trabalho. O presente trabalho se propõe a fazer uma reflexão acerca do desafio de substituir antigas formas de regulação das relações de trabalho, porém, em harmonia com metas de produtividade, competitividade e estabilidade econômica, mas acima de tudo, respeitando-se uma política de preservação dos direitos humanos fundamentais. A ênfase a ser dada, neste início de século, a este projeto de renovação do Direito do Trabalho, é preservar e assegurar o Direito Trabalhista, por meio da flexibilização, colocando-se em prática mecanismos de autocomposição. A superação deste cenário de precarização e exclusão da mão-de-obra nacional é condição para que também o direito do trabalho adquira realidade. Nesse sentido é que os operadores do Direito devem potencializar a eficácia (jurídica e social) das normas constitucionais, e, especialmente as definidoras de direitos e garantias fundamentais, levando-se em conta que o respeito aos direitos e princípios fundamentais significa ter como objetivo permanente a conservação do princípio da dignidade humana, a mais sublime expressão do ideal de justiça.

Palavras-chave: Flexibilização. Desregulamentação. Teoria da Proteção. Legislação Trabalhista.

ABSTRACT

SOUZA, Igor T. Labor Law Flexibility, 92 pages, Course Conclusion Paper. Fundação Universidade Federal de Rondônia - *Campus* de Cacoal. 2008.

The emphasis of Brazilian Labor Law presents the characteristic of protection to the employee in relation to the employer. In face of globalization, we live profound technological and economical changes that affect the world and these can not be interpreted with the spirit of the past. We live in a new reality that generates new conditions of work. The subordination criterion is insufficient before unemployment and informality scenery. This paper proposes a reflection about the challenge of changing old models of work relations, according to goals of productivity, competitiveness and economic stability, but above all, respecting policies of preserving Human Rights. The emphasis to this project of renewing Labor Law is to preserve and guarantee this, by means of flexibility, practicing composition mechanisms. To overcome this scenery of precariousness and exclusion of employees is the condition to Labor Law becomes real. In this sense jurists must increase the efficiency (legal and social) of Constitutional laws and especially, those ones which defines rights and essential garanties, considering the scope of preserving human dignity, the most sublime expression of justice.

Key-words: Flexibilization. Desregulamentation. Theory of Protection. Labour Legislation.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABC – Refere-se à região de Santo André, São Bernardo do Campo e São Caetano

Art. – Artigo

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

DJU – Diário da Justiça da União

ESOPs – Employee Stock Ownership Plans

EUA – Estados Unidos da América

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

INSEE – Institut National de la Statistique et des Études Économiques

Nº - Número

OIT – Organização Internacional do Trabalho

SAS – Scandinavian Airlines System

SJ - Statens Järnvägars

TST – Tribunal Superior do Trabalho

V.G. – Verbi Gratia

ZPE – Zonas de Processamento de Exportações

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA FLEXIBILIZAÇÃO.....	13
2.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO.....	17
2.1.1 Flexibilização e Princípios do Direito do Trabalho.....	30
2.2 FLEXIBILIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS.....	33
3. FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO LABORAL.....	37
3.1 NOÇÕES PRELIMINARES	37
3.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA FLEXIBILIDADE LABORAL.....	40
3.3 A INSTABILIDADE DO CONCEITO DA SUBORDINAÇÃO E O REDIMENSIONAMENTO DO DIREITO DO TRABALHO.....	47
3.4 AS TENDÊNCIAS DO DIREITO DO TRABALHO.....	49
3.5 FLEXIBILIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	59
4. A EXPERIÊNCIA FLEXIBILIZADORA NOS ESTADOS UNIDOS.....	70
4.1 EM ALGUNS PAÍSES DA EUROPA.....	73
4.2 NA AMÉRICA LATINA.....	79
5. CONCLUSÃO	85
6. REFERÊNCIAS	87

INTRODUÇÃO

O mundo atual está passando por uma fase de transição resultante, dentre vários fatores, da necessidade das empresas em se adequarem a métodos eficientes de competição econômica em um cenário de livre fluxo de mercados. Soma-se a isso a profunda revolução tecnológica, geradoras de modificações radicais na organização da produção, tendo de outro lado, a constante necessidade de combate ao desemprego.

Nesse contexto, surge a discussão sobre a necessidade de flexibilização das relações do trabalho, onde alguns sustentam ser a rigidez das instituições a responsável pela crise nas empresas, retirando delas as possibilidades de adaptarem-se a um mercado em constante mutação.

Embora nascida a flexibilização no contexto do Direito Econômico e também na Economia, trouxe reflexos no campo do Direito do Trabalho.

A flexibilização tem sido a resposta ao Estado onipotente, onipresente e onisciente, que representa muito mais um fator de atraso e de recessão econômica do que de progresso.

A globalização da economia acirrou a polêmica entre os defensores do Estado Social e os adeptos do Estado Liberal, os quais, obviamente, adotaram caminhos distintos a respeito da oposição dos poderes públicos frente às relações

de trabalho. Os neoliberais pregam a omissão do Estado, desregulamentando, tanto quanto possível, o Direito do trabalho, a fim de que as condições do emprego sejam ditadas, basicamente, pelas leis do mercado. Já os defensores do Estado Social, esteados na doutrina social da igreja ou na filosofia trabalhista, advogam a intervenção estatal nas relações de trabalho, na medida necessária à efetivação dos princípios formadores da justiça social e à preservação da dignidade humana.

Para certas pessoas é a forma de salvar a pátria dos males do desemprego, para outras, é a forma de destruir tudo aquilo que o trabalhador conquistou em séculos de reivindicações, que apenas privilegiam os interesses do capital, sendo a forma de fazer com que o empregado pague a conta da crise econômica.

A flexibilização das normas do Direito do Trabalho visa assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando outorgar aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador a possibilidade de adaptação de seu negócio, mormente em épocas de crise econômica.

Com a flexibilização, os sistemas legais prevêm formulas opcionais ou flexíveis de estipulação de condições de trabalho, seja pelos instrumentos de negociação coletiva, ou pelos contratos individuais de trabalho, seja pelos próprios empresários. O Direito precisa ser encontrado no meio social, de maneira a garantir a menor distância possível entre a norma jurídica e a realidade.

2. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA FLEXIBILIZAÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, estabeleceu-se uma ordem sócio-econômica no mundo abrangendo desde sistemas de produção e regulação a relações trabalhistas amparadas em legislação especial que determinava os principais atores sociais, o sindicalismo e o empresariado.¹

Terminada a Segunda Guerra, teve início um período de reconstrução da Europa ocidental e do Japão. Os anos que se seguiram geraram um período conhecido como quase trinta anos de ouro do capitalismo.²

Em consequência do surgimento de máquinas automática, houve grande desenvolvimento da produção e do consumo de massa. Iniciou-se um sistema organizacional rígido e hierárquico que mantinha uma força de trabalho de baixa qualificação em trabalhos na linha contínua de produção.

As transformações ocorreram em um regime de acumulação intensivo, centrado no crescimento do consumo de massa e visando a uma maior produtividade, regime que ficou conhecido como *fordismo*.

¹ CAMPERO, Guillermo; FLISFISCH, Angel; TIRONI, Eugenio et al. **Os Atores Sociais no Novo Mundo do Trabalho**. São Paulo: ed. LTr; Brasília, DF: OIT, p.19, 1994.

² POCHMANN, Márcio. **O Trabalho Sob Fogo Cruzado**. São Paulo: ed. Contexto, p. 13, 1999.

O modelo fordista caracterizava-se pela produção baseada na concentração diretiva, padronização do trabalho, grandes estoques, produtividade do trabalho e durabilidade dos produtos.³

A legislação trabalhista, cujo objetivo era proteger os trabalhadores e atribuir aos Estados o papel de supervisor, levou à idéia geral de que, quaisquer que fossem os processos e conjunturas econômicas, permaneceria inalterável em sua função tutelar.

Aumentou a participação do Estado na produção, no emprego e na economia em geral, coroando seus esforços para assegurar estabilidade econômica, o pleno emprego e a segurança dos grupos sociais mais desprotegidos, por meio do Estado do Bem-estar Social (*Welfare State*) ou Estado-providência (*État-providence*).⁴

A função básica do Estado do Bem-estar Social era promover o crescimento econômico, e assegurar a proteção dos cidadãos mais desfavorecidos.⁵

O Estado do Bem-estar Social garantia a inserção social dos segmentos populares através da regulação do mercado de trabalho e da tutela do trabalhador assalariado, o qual prestava serviços em uma empresa autoritária com origem na organização *taylorista* do trabalho.⁶

Em 1974, a crise do petróleo, que teve início em outubro de 1973⁷, provocou grande recessão econômica – a primeira pós-guerra – que se refletiu no emprego e nos salários, precipitando o colapso do sistema fordista de acumulação.

Na América Latina, o esgotamento do modelo clássico, manifestou-se gradativamente nos países mais desenvolvidos, sobrevivendo à crise no início de 1982, quando as taxas internacionais de juros se elevaram e os bancos, mudando

³ *Ibid.*, p. 15.

⁴ CAMPERO, Guilherme et al., op. cit., p. 20.

⁵ FARIA, José Eduardo. (org.) **Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas**. São Paulo: Malheiros editores Ltda., p. 7, 1998.

⁶ *Idem. Ibidem.*

⁷ SOUZA, Sérgio Alberto de. **Direitos Globalização e Barbárie**. São Paulo: ed. LTr, p.30, 1998.

sua política, negaram-se a continuar concedendo os créditos que, postergando os efeitos da crise, iam causando um endividamento progressivo aos países latino-americanos.⁸

O aprofundamento da crise econômica fragilizou o Sistema Monetário Internacional, o que provocou o fim da paridade ouro-dólar e a instabilidade nas taxas de juros, abrindo-se um período de incertezas e de novos questionamentos do padrão sistêmico de integração social, questionamentos esses motivados pelas propostas de políticas econômicas e sociais definidas pelos partidos conservadores e postas em prática mais tarde.⁹

No final da década de 70, os partidos conservadores elegeram vários governos de direita nos países desenvolvidos. Assim, foram eleitos: em 1979, Thatcher, na Inglaterra; em 1980, Reagan, nos Estados Unidos; em 1982, Kohl, na Alemanha; e em 1983, Schlüter, na Dinamarca. Esses governos significaram um rompimento com as políticas de integração social do pós-guerra, substituindo-as por uma política de cunho neoliberal.¹⁰

Também contribuiu para a difusão do neoliberalismo, mas em menor escala, os fracassos de governos de esquerda durante os anos 80, como os governos de Mitterrand, na França; de Gonzáles, na Espanha; de Soares, em Portugal; de Craxi, na Itália; e de Papandreou, na Grécia. A queda do Muro de Berlim, em 1989, significou, para a esquerda, uma limitação às alternativas radicais e permitiu que, nos próprios países ex-comunistas, fossem aplicadas políticas neoliberais.¹¹

O período que se estendeu da Segunda Guerra até os anos 70 foi marcado por uma abertura comercial que favoreceu a expansão do comércio internacional e a liberalização financeira cada vez mais intensa, ao mesmo tempo

⁸ CAMPERO, Guilherme et al., op. cit., p. 24.

⁹ POCHMANN, Márcio, op. cit., p. 14.

¹⁰ *Idem. Ibidem.*

¹¹ *Idem. Ibidem.*

em que se compunham progressivamente as regras de transferências e intercâmbios de tecnologias.¹²

Desenvolveu-se também, nesse período, um tipo de sindicalismo orientado pela legislação trabalhista protetora e seguindo o padrão acumulativo do fordismo.¹³

De 1975 a 1995, aproximadamente, ocorreu nos países industrializados e também na América Latina, mas com mais lentidão, a transição para um novo modelo de produção e de regulação que tem sido chamado de *pós-fordismo*.¹⁴

As características fundamentais desse período podem ser assim resumidas: a) produção cada vez mais individualizada para atender a estilos de consumo diferenciados pela introdução de novas tecnologias de produção; b) Estado intervindo menos na regulação do livre funcionamento dos mercados, transferindo para estes a incumbência de conseguir elevados níveis de consumo; c) microeletrônica provocando importantes mudanças na organização taylorista do trabalho; d) redução da estabilidade no emprego, e expansão do emprego transitório e atípico, definido por modalidades mutáveis de contratação, flexibilidades nas funções e na jornada e diferentes formas de remuneração; e) subcontratação e salário individualizado; f) abandono das políticas *keynesianas* e progressivo desmantelamento do Estado do Bem-estar Social, com a privatização do setor público, a desregulação do setor privado e a transferência de serviços sociais para o mercado; g) flexibilização do mercado de trabalho.¹⁵

A flexibilização significa uma nova relação entre a lei, a intervenção do Estado e a autonomia das partes sociais. Isso significa que a flexibilidade é um tema duplo: é o tema da mudança da organização da produção na empresa e, igualmente, da mudança do papel do Estado e das fontes do Direito.

¹² BOISSONNAT, Jean. 2015 – **Horizontes do Trabalho e do Emprego. Relatório da Comissão Presidida por Jean Boissonnat**. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: Ed. LTr, p. 49, 2007.

¹³ CAMPERO, Guilherme et al., op. cit., p. 36.

¹⁴ *Idem. Ibidem.*

¹⁵ *Idem. Ibidem.*

Em vários países com legislação regulamentada está acontecendo um processo de desregulamentação por meio do qual se pretende desbloquear o mercado de trabalho, ajustando-o às novas exigências de produtividade e de competitividade.

Flexibilizam-se formas e condições de emprego, demissões, horário de trabalho, tempo de trabalho, duração do trabalho, salários. Muitos defendem essas flexibilizações, alguns as execram, outros as aceitam com reservas.

Só existe uma unanimidade: não se pode ficar indiferente à flexibilização.

A flexibilização introduz uma visão da relação de trabalho muito mais dinâmica que a visão clássica do trabalhador subordinado ao empregador; é uma nova visão que pressupõe uma mobilização no empregado, não apenas a do empregador ao modificar a organização de sua empresa.

A flexibilização pode ocorrer por diversos meios que apontem para a mudança, modificação ou, até mesmo, eliminação eventual de regulamentações inadequadas à mobilidade no mercado de trabalho e aos custos de competição. A tendência é assegurar às empresas maior capacidade de adaptação às exigências de economias globalizadas e submetidas às rápidas mudanças tecnológicas ¹⁶.

2.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Quando é abordado o tema da flexibilização de direitos trabalhistas, imediatamente surge o questionamento inevitável: e os princípios do Direito do Trabalho? É possível derrogar normas tão intrinsecamente impregnadas de princípios basilares que, sem eles, o próprio ordenamento jurídico corre o risco de soçobrar? Uma ciência sem princípios esfacela-se, porquanto todo o seu desenvolvimento posterior permaneceu axiologicamente a eles subordinado.

¹⁶ CAMPERO, Guilherme et al., op. cit., p. 26.

O próprio surgimento do Direito do Trabalho ocorreu devido à manifesta intenção do Estado de disciplinar e apaziguar tensões oriundas das relações de trabalho, regidas, até então, por normas do Direito Civil. A gênese do Direito do Trabalho, no entanto, só foi possível devido à sua natureza profundamente humanista e à conotação valorativa outorgada ao trabalho do homem através dos princípios que o embasam.¹⁷

É evidente a importância do estudo dos princípios que regem o Direito do Trabalho quando se discute a flexibilização de direitos assegurados aos trabalhadores pela mesma legislação que se pretende flexibilizar, uma vez que muitos deles podem ser afetados e até mesmo anulados pelas diversas formas de flexibilização existente ou que venham a existir.

Em face dessas considerações, faz-se necessário um breve estudo dos princípios do Direito do Trabalho e de como poderão os mesmos ser afetado pela ideologia da flexibilização, que vai, paulatinamente, firmando-se nos meios econômicos, políticos e acadêmicos.

Américo Plá Rodríguez define princípios do Direito do Trabalho como sendo as “linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que, podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos”.¹⁸

Amauri Mascaro Nascimento entende que “os princípios, segundo a concepção jusnaturalista, são metajurídicos, situam-se acima do direito positivo, sobre o qual exercem uma função corretiva e prioritária, de modo que prevalecem sobre as leis que os contrariam, expressando valores que não podem ser contrariados pelas leis positivas, uma vez que são regras de direito natural. Para o positivismo, os princípios estão situados no ordenamento jurídico, nas leis em que são plasmados, cumprindo uma função integrativa das lacunas, e são descobertos

¹⁷ POCHMANN, Márcio, op. cit., p. 68.

¹⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: ed. LTr – EDUSP, p. 16, 1993.

de modo indutivo, partindo das leis para atingir as regras mais gerais que delas deriva, restritos, portanto, aos parâmetros do conjunto de normas vigentes, modificáveis na medida em que os seus fundamentos de direito positivo são alterados”.¹⁹

Para *Francisco Meton Marques de Lima*, os princípios antecedem a norma, fundamentando-a na sua criação; estão presentes na norma, moldando o texto normativo a cada realidade concreta, e continuam atuando após a criação da norma, orientando sua futura projeção.²⁰

Norberto Bobbio afirma que “os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistemas, as normas mais gerais. A palavras princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras²¹. Apresenta dois argumentos para sustentar sua assertiva: se os princípios gerais são extraídos de normas, também são necessariamente normas, uma vez que não se abstrai de uma espécie um ser que não seja da mesma espécie. O segundo argumento sustenta que os princípios têm a função de regular um comportamento não-regulamentado, atuando como uma normas expressa. Conclui com uma pergunta: “E por que não deveriam ser normas?”²²

Princípios universais do direito do trabalho são aqueles cuja validade abrange todos os sistemas jurídicos. Na concepção de *Amauri Mascaro Nascimento*, são universais os seguintes princípios: a) princípio da *liberdade de trabalho*, segundo o qual todas as formas de coação ou de constrangimento do ser humano devem ser repudiadas; b) princípio do direito de *organização sindical*, pelo qual é admitida a realidade sindical, embora a concepção de sindicalismo possa variar de acordo com a ideologia dominante; c) princípio das *garantias mínimas do trabalhador*, respeitado por todos os países que, de modo geral, oferecem direitos mínimos e fundamentais

¹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 21ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, p. 283, 2006.

²⁰ LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os Princípios de Direito do Trabalho Diante da Reforma Neoliberal**. Revista LTr. São Paulo: LTr, v. 61, n. 05, p. 622, maio de 1997.

²¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 4ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, p. 158, 1994.

²² *Idem. Ibidem.*

aos trabalhadores; d) princípio da *multinormatividade do direito do trabalho*, segundo o qual a norma jurídica trabalhista emana não somente do Estado, mas de diversas fontes, entre elas os sindicatos, através da negociação coletiva, e as empresas, ao elaborar os regulamentos de trabalho; e) princípio da *norma favorável* ao trabalhador, segundo o qual, na hipótese de haver várias normas sobre a mesma matéria, deve prevalecer a que for mais benéfica ao trabalhador; f) princípio da *igualdade salarial*, defendido inclusive no art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; g) princípio da *justa remuneração*, pelo qual o trabalhador deve ser remunerado adequadamente; h) princípio do *direito ao descanso*, que justifica a existência de normas que garantam descansos diários, semanais e anuais ao trabalhador; i) princípio do *direito ao emprego* ou *direito ao trabalho*, pelo qual o Estado tem o dever de impedir o desemprego através da promoção de medidas econômicas destinadas à abertura de postos de trabalho; j) princípio do direito à *previdência social*, que obriga o Estado a organizar sistemas previdenciários que ofereçam adequada proteção ao trabalhador, sujeito a vários riscos; e l) princípio da *condição mais benéfica*, que corresponde, no direito do trabalho, ao princípio do direito adquirido previsto no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.²³

Os princípios que norteiam o Direito do Trabalho, no entendimento de *Plá Rodríguez*, são válidos tanto para o direito individual como para o direito coletivo do trabalho, uma vez que este é uma parte do Direito do Trabalho substancialmente ligada àquele.²⁴

Inicialmente, ocorreu a união dos trabalhadores contra a exploração dos empregadores e a injustiça, o que atraiu a atenção pública para os problemas trabalhistas. Como consequência, surgiu a legislação do trabalho que, paulatinamente, foi reconhecendo a realidade social e sindical, afastando obstáculos e criando estímulos para a união dos trabalhadores. Formadas as associações profissionais, reconhecidos os sindicatos, surgiu uma nova forma de criação do Direito do Trabalho, de origem profissional e extra-estatal, consubstanciada nas convenções coletivas.²⁵

²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p. 288-289.

²⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. op. cit., p. 24.

²⁵ *Ibid.*, p. 25.

O direito individual e o direito coletivo do trabalho buscam a melhoria das condições dos trabalhadores através de caminhos diversos, constituindo modalidades que não afetam o movimento trabalhista na sua essência. No direito coletivo do trabalho, no entanto, existem peculiaridades que justificam especificações complementares, como o alcance do *princípio protetor*. Enquanto que no direito individual o princípio protetor se refere à seleção, aplicação e interpretação das normas criadas, no direito coletivo tal princípio atua no sentido de garantir a igualdade das partes no processo de negociação.²⁶

O princípio da *autonomia coletiva*, específico do direito coletivo, tem por objeto a regulação normativa das condições de trabalho pelos próprios interessados, e “manifesta-se com a adoção de diversas medidas destinadas a assegurar a livre constituição de sindicatos, a liberdade de administração dos sindicatos pelos próprios interessados, sem interferências dos Estados, a livre negociação das condições de trabalho entre os sindicatos de trabalhadores e empregadores e a autotutela sindical significando o poder de composição dos conflitos coletivos pelos sindicatos sem intervenção do Estado.”²⁷

Outro princípio próprio do direito coletivo é o princípio da *participação na empresa*. Segundo *Plá Rodriguez*, a tendência a encarar a empresa como comunidade de produção que engloba empregador e trabalhadores é cada vez mais acentuada, o que leva, de início, à colaboração e, em seguida, à co-gestão em assuntos sociais, trabalhistas e econômicos.²⁸

São os seguintes os princípios do Direito do Trabalho propostos por *Plá Rodriguez* – entremeados de opiniões doutrinárias diversas - e aplicáveis tanto ao direito individual como ao direito coletivo (ressalvadas as especificações quanto ao alcance da aplicação do princípio de proteção no direito coletivo).²⁹

1. *Princípio de proteção*. Refere-se ao critério fundamental que norteia o Direito do Trabalho, cujo objetivo é proporcionar um amparo preferencial ao

²⁶ *Idem. Ibidem.*

²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 21ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, p. 290, 2006.

²⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. op. cit., p. 26.

²⁹ *Idem. Ibidem.*

trabalhador, um dos pólos da relação de trabalho e que ocupa uma posição de inferioridade por ser economicamente dependente do empregador e a ele subordinado. A proteção conferida ao trabalhador pelo Direito do Trabalho tem por objetivo diminuir o desequilíbrio existente entre as partes contratantes e que favorece o empregador, economicamente mais forte.³⁰

Mozart Victor Russomano refere-se ao princípio de proteção como princípio de *proteção tutelar*, afirmando que “o princípio de **proteção tutelar**, que marca o Direito do Trabalho e ainda hoje o inspira, resulta de uma realidade social contundente: a necessidade que sente o trabalhador de ser **protegido** em face do empresário”.³¹

O trabalhador, buscando auto-defender-se do empregador, reuniu-se em sindicatos, os quais foram utilizados também para pressionar o Estado, exigindo deste proteção efetiva por meio de leis trabalhistas ou previdenciárias. Com o desenvolvimento do sindicalismo, os sindicatos, mais fortes, tornaram-se aptos a negociar com os empresários e a elaborar normas por meio de um sistema de convenções coletivas, criando, assim, condições de dispensar a proteção tutelar do Estado.³²

Respaldado no princípio de proteção, e visando ao oferecimento de uma tutela necessária ao trabalhador, parte economicamente mais fraca, surgiu o Direito do Trabalho, que buscou compensar, através da desigualdade jurídica, a desigualdade econômica a que está submetido o trabalhador.

O princípio de proteção se expressa em três formas distintas: a) *in dubio pro operário*, b) *regra da aplicação da norma favorável*; e c) *regra da condição mais benéfica*.

O princípio *in dubio pro operário* preceitua que, havendo dúvidas quanto ao alcance de uma norma jurídica, a interpretação a ser dada, dentre as diferentes hipóteses possíveis, deve ser aquela que mais benefícios conceder ao

³⁰ *Idem. Ibidem.*

³¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá Editora, p. 37, 2005.

³² *Ibid.*, p. 37-38.

trabalhador. Essa regra pressupõe uma dúvida autêntica sobre o alcance da norma, suscetível de ensejar diversas interpretações. Não se trata de lacuna ou correção da norma, apenas de determinar seu verdadeiro sentido, entre vários possíveis. Não existindo a norma, não é possível recorrer ao princípio em tela com o objetivo de substituir o legislador.³³

Pela regra da *aplicação da norma mais favorável*, se houver duas ou mais normas que dispuserem sobre determinada matéria, deverá ser aplicada aquela que for mais favorável ao trabalhador, ainda que possa subverter os critérios de hierarquia das normas.

A regra da aplicação da norma mais favorável mereceu uma defesa enfática de *Russomano*, que assim se referiu a ela: “Mas, seja qual for a situação, parece-nos nascer da alma do Direito do Trabalho um princípio transcendental que rege a pesquisa da fonte aplicável ou a opção pela fonte que vai ser aplicada: **é a prevalência da fonte mais favorável ao trabalhador**. Esse nos parece ser o princípio solar do Direito do Trabalho contemporâneo, capaz de pôr em movimento a imensa estrutura social...”³⁴

Amauri Mascaro Nascimento defende a posição hierarquicamente superior da norma mais vantajosa ao trabalhador. Afirma que, ao contrário do direito comum, o vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas é ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador, salvo no caso de haver leis proibitivas do Estado ou decorrentes de negociações coletivas que, atendendo a situações emergenciais previstas pela Constituição Federal de 1988 no art. 7º, incisos VI e XIII, pactuam reduções transitórias nos salários e na jornada de trabalho.³⁵

A regra da *condição mais benéfica*, por sua vez, visa a resguardar as vantagens que o obreiro adquiriu para não ser prejudicado por uma norma superveniente que modifique *in pejus* vantagens anteriormente conquistadas.

³³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo, op. cit.; p. 456.

³⁴ RUSSOMANO, Mozart Víctor, op. cit., p. 46.

³⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, op. cit., p. 233-234.

Tem como pressuposto a existência de uma situação concreta, reconhecida, que deve ser respeitada na hipótese de ser mais favorável ao trabalhador que a nova norma. Consideram-se condições mais benéficas apenas aquelas que tiverem sido atribuídas em caráter definitivo. As condições favoráveis outorgadas ao trabalhador como mera liberalidade do empregador ou em caráter provisório não são contempladas com a invocação do princípio da condição mais benéfica, não podem ser invocadas como direito adquirido.

2. *Princípio da irrenunciabilidade dos direitos.* Resguarda o trabalhador da perda de direitos já conquistados por ceder, devido à sua condição de parte mais vulnerável, às pressões do empregador.

A noção de irrenunciabilidade, segundo *Plá Rodríguez*, pode ser expressa como “a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio. A renúncia equivale a um ato voluntário pelo qual uma pessoa se desliga de um direito reconhecido a seu favor e o abandona”.³⁶

O princípio da irrenunciabilidade é peculiar ao Direito do Trabalho, contrariamente aos outros ramos do direito, regidos pelo princípio da *renunciabilidade*, ou seja, a possibilidade concedida a alguém de privar-se voluntariamente de uma possibilidade, de uma faculdade, de um benefício a que faz jus.

Os autores divergem quanto ao fundamento do princípio de irrenunciabilidade. Há alguns que “o baseiam em outro princípio mais profundo e transcendente, qual seja, o princípio da *indisponibilidade*; outros o relacionam com o caráter imperativo das normas trabalhistas; outros o vinculam à noção de ordem pública; outros o apresentam como forma de limitação da autonomia da vontade”.³⁷

³⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo, op. cit.; p. 67.

³⁷ *Ibid.*, p. 69.

O caráter imperativo de uma norma visa a assegurar a proteção de vontades presumidamente débeis, o que poderia ocasionar derrogações em que a liberdade de consentimento estivesse manipulada, comprometida ou coagida.

Os direitos indisponíveis, oriundos de normas imperativas, são irrenunciáveis. A irrenunciabilidade pode manifestar-se de forma explícita quando o legislador estipular expressamente o caráter inderrogável ou de ordem pública das normas.

A manifestação da irrenunciabilidade de forma implícita ocorre quando uma norma possui um conteúdo inderrogável, proveniente do cumprimento de sua própria função.

São irrenunciáveis os direitos públicos, como o de associação profissional, assim como os derivados das disposições legais de regulamentação ou tutela do trabalho, como carteira profissional, repouso semanal, férias, salário mínimo, higiene e segurança do trabalho, proteção ao trabalho da mulher e do menor, etc.³⁸ Do caráter de ordem pública que possuem as normas trabalhistas deriva o princípio da irrenunciabilidade.

Francisco Meton Marques de Lima afirma que os fundamentos para a irrenunciabilidade podem ser: a) vício presumido de consentimento, uma vez que ninguém, conscientemente, renuncia ao pouco que possui em benefício de quem possui mais e, se assim o fizer, certamente estará agindo sob pressão ou coação; b) a renúncia do trabalhador ao direito institucional é impossível por este não lhe pertencer e sim à sociedade, ao Estado, à categoria e à família do empregado; c) a lei proporciona ao trabalhador o mínimo que se pode considerar como limite da dignidade humana e, abaixo desse mínimo, configurar-se-á a renúncia à própria condição humana.³⁹

³⁸ MENEZES, Cláudio Armando Couce de. **A) Interpretação e aplicação das normas de direito do trabalho; b) Princípios de direito do trabalho; c) Renúncia e transação.** Revista LTr. São Paulo: LTr, v. 55, n. 06, p. 657, junho de 1991.

³⁹ LIMA, Francisco Meton Marques de, Op. cit., p. 627.

Pode-se afirmar que o princípio da irrenunciabilidade decorre do princípio maior de proteção, de medida em que protege o empregado hipossuficiente contra a sua própria vontade.

A jurisprudência cristalizada no Enunciado nº 276, do TST, ao dispor que é irrenunciável pelo empregado o direito ao aviso prévio, na rescisão contratual por iniciativa do empregador, é um exemplo de aplicação do princípio da irrenunciabilidade.

O art. 468, da CLT, consagra esses dois princípios ao estipular como regra a inalterabilidade das condições do contrato individual do trabalho, considerando nulas de pleno direito às alterações unilaterais, e também as pactuadas que acarretem prejuízo ao empregado.

3. Princípio da *continuidade da relação de empregado*. O contrato de trabalho é de trato sucessivo, não eventual, perdura no tempo, não se exaure após a prestação de algum serviço, pressupõe um vínculo duradouro.

Explica *Plá Rodriguez* que o termo *continuidade* “tem uma conotação sumamente apropriada: alude ao que pendura, ao que se prolonga, ao que se mantém no tempo, ao que continua. E essa é a idéia central que se quer invocar com este princípio”.⁴⁰

A expressão *relação de emprego* é considerada mais apropriada por alguns autores devido ao fato de a legislação trabalhista ser aplicada apenas ao empregado, não se destinando a todos os trabalhadores.⁴¹

Russomano explica que a relação de emprego é sempre uma relação de trabalho, embora nem toda relação de trabalho seja uma relação de emprego, exemplificando com a atividade profissional do trabalhador autônomo.⁴²

⁴⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo, op. cit.; p. 140.

⁴¹ MANNRICH, Nelson. **A Modernização do Contrato de Trabalho**. São Paulo: ed. LTr, p. 97, 1998.

⁴² RUSSOMANO, Mozart Victor, op. cit., p. 52.

O princípio da continuidade traz, para o trabalhador, uma relativa segurança de que seu emprego será mantido, de que não corre o risco de ser demitido abrupta e sumariamente e de que está integrando à empresa, conservando o vínculo empregatício mesmo que haja a substituição do empregador. Desempenha, pois, uma relevante função social ao apaziguar as relações entre trabalhadores e empregadores.

4. O *princípio da primazia da realidade* reconhece a prevalência dos fatos diante da verdade formal, por ser o contrato de trabalho a manifestação da realidade. Havendo discordância entre a realidade fática e a consignada nos documentos ou acordos, deve-se dar preferência à primeira.

O princípio da primazia da realidade transparece na definição de contrato de trabalho do art. 442, *caput*, da CLT: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. O contrato de trabalho assume, de acordo com o preceito consolidado, a feição de contrato-realidade, pois o que importa é a realidade concreta, não o registro formal do acordo de vontades.

5. O *princípio da razoabilidade* coloca em destaque o bom senso e a justiça na interpretação fática e normativa.

Plá Rodriguez, ao questionar a denominação mais apropriada para o princípio em tela entre os vocábulos *racionalidade* e *razoabilidade*, define o primeiro como a *qualidade do racional*, tendo *racional* o significado de *dotado de razão* ou *conforme à razão*. *Razoabilidade*, por sua vez, “é a qualidade do razoável. E razoável é definido como regulado, o justo, o conforme à razão. O próprio dicionário equipara ambas as expressões ao indicar como sinônimo: racional”.⁴³

Conclui que, embora os dois vocábulos sejam equivalentes, sua preferência recai sobre o termo *razoabilidade* por oferecer uma conotação mais próxima à idéia de que as partes, em Direito do Trabalho, atuam em conformidade com a razão.

⁴³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo, op. cit.; p. 250-251.

O princípio da razoabilidade pode apresentar diversas formas de aplicação. Uma delas consiste em avaliar a verossimilhança de alguma explicação, em servir como critério para distinguir a realidade da simulação.

Outra forma consiste em utilizar-se desse princípio como um obstáculo a certas faculdades do empregador que poderiam resvalar para a arbitrariedade.

Uma outra diz respeito ao *jus variandi*, que consiste na possibilidade de alteração das condições do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. Este não pode alterar cláusulas essenciais ou outras secundárias que possam prejudicar o trabalhador, nem agir por mero capricho.⁴⁴

Emprega-se também o princípio da razoabilidade no exercício do poder disciplinar. Tem o empregador o direito de complementar seu poder diretivo com a aplicação de sanções, baseado, no entanto, em critérios de razoabilidade. Uma penalidade deve ser aplicada observando-se a proporcionalidade entre a punição e a falta cometida. Antes de aplicar uma penalidade disciplinar, o empregador deve levar em conta o meio do qual o empregado provém, a sua experiência profissional anterior, seu *modus vivendi*, seu nível sócio-cultural, a ocorrência reiterada ou esporádica de comportamentos indesejáveis, e outras situações que poderiam atenuar a infração cometida.

Ajustando-se a critérios de razoabilidade, as decisões do empregador terão o respaldo da justiça, sendo consideradas decisões legítimas.

Discorrendo sobre flexibilização, *Ari Possidonio Beltran* afirma que “tal fenômeno não deve implicar simples renúncia de direitos, mas transações amplas. Deve ter limites ditados pelo princípio da razoabilidade”.⁴⁵

⁴⁴ MENEZES, Cláudio Armando Couce de, op. cit., p. 661.

⁴⁵ BELTRAN, Ari Possidonio. **A Autonomia nas Relações do Trabalho**. São Paulo: Ed. LTr, p.301, 2005.

6. *Princípio da boa-fé*. Trata-se de um princípio intrínseco a todos os ramos do Direito, pois constitui o suporte moral indispensável ao embasamento de todo ordenamento jurídico. Não pode ser considerado, pois, um princípio exclusivo do Direito do Trabalho, embora adquira um sentido especial e fecundo no direito laboral.⁴⁶

O princípio da boa-fé deve ser aplicado às duas partes contratantes, pois tanto o empregado deve cumprir seu contrato de trabalho com lealdade, empenho, discrição, zelo e fidelidade, como o empregador tem o dever de cumprir escrupulosamente todas as obrigações contratuais. Deve haver confiança recíproca na relação de emprego.

Plá Rodriguez faz uma distinção entre boa-fé-lealdade e boa-fé-crença. Esta caracteriza a pessoa que, ignorando determinados fatos, age convicta de que sua conduta é legítima e não prejudica ninguém. Aquela se refere às atitudes da pessoa que pensa estar cumprindo realmente seu dever, com honestidade e honradez, sem causar danos ou prejuízos a outrem.⁴⁷

Como foi observado anteriormente, os princípios que norteiam o Direito do Trabalho são, para *Plá Rodriguez*,⁴⁸ válidos tanto para o direito individual como para o direito coletivo do trabalho, uma vez que este é uma parte do Direito do Trabalho substancialmente ligada àquele. No direito coletivo do trabalho, no entanto, existem certas peculiaridades que justificam especificações especiais e complementares.

São, pois, específicos do direito coletivo do trabalho o princípio da autonomia coletivo e o princípio da participação na empresa.

São princípios políticos, não jurídicos, a liberdade sindical, a participação dos trabalhadores na criação, aplicação e controle do Direito do Trabalho e sua participação na empresa.⁴⁹

⁴⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo, op. cit.; p. 273.

⁴⁷ *Idem. Ibidem.*

⁴⁸ *Idem. Ibidem.*

⁴⁹ *Ibid.*, p. 26.

2.1.1 Flexibilização e Princípios do Direito do Trabalho

Após a análise dos princípios que norteiam o Direito do Trabalho, justifica-se plenamente a seguinte indagação: é possível flexibilizar normas trabalhistas sem destruir ou, pelo menos, sem afetar gravemente princípios tão intrinsecamente ligados ao direito laboral, notadamente o princípio protetor?

Alguns, poderão argumentar que estamos diante de uma decisão muito importante até mesmo para a história das instituições jurídicas. Se os princípios que regem o direito do trabalho forem postergados e descartados diante de uma posição do neoliberalismo, estaremos sendo espectadores passivos do triunfo do econômico sobre o social. Ao mesmo tempo – e talvez com consequências ainda mais graves – estaremos assistindo ao desmoronamento do Direito do Trabalho como instituição, pois, destituído de seus princípios, esse ramo *sui generis* do direito perde suas características, estiolando-se, e mesmo extinguindo-se.

Argumentam que para ser considerado direito autônomo é necessário que tenha princípios próprios, que são o fundamento de toda ciência; o Direito do Trabalho é um direito autônomo, pois possui princípios próprios; ora, para atender às exigências da flexibilização, o Direito do Trabalho deve desprezar seus princípios, desvirtuando-se; flexibilizado perde as características que o distinguiam dos outros ramos do direito; desvirtuado e descaracterizado, abdica do direito de ser Direito de Trabalho.

Portanto, a flexibilização, destruindo os princípios do Direito do Trabalho, destrói o próprio Direito do Trabalho. Poderá conservar a mesma denominação, mas ficará fatal e irremediavelmente comprometido, perdendo sua essência.

Outros, contra-argumentarão que o próprio dinamismo do Direito do Trabalho e a capacidade de adaptação à realidade social conferem-lhe legitimidade para promover mudanças necessárias ao cumprimento de seus desígnios, ou seja, regular as relações entre capital e trabalho, entre empregados e empregadores.

Em primeiro lugar, o princípio protetor deve ser redimensionado para atender a outros imperativos de maior urgência e relevância. Não se trata de fazer cessar tudo quanto à musa antiga canta, que outro valor mais alto se alevanta⁵⁰, mas de substituir, talvez até por um espaço de tempo não tão elástico, um valor por outro mais premente.

Além do mais, como assevera *Luiz Carlos Amorim Robortella*:

[...] a proteção ao trabalho se obtém por meios outros que não a norma estatal. Os interesses do trabalhador podem ser defendidos pelos entes coletivos, no exercício da autonomia privada, até mesmo quando por livre deliberação do grupo, se entenda adequada e necessária uma redução de direitos. O grupo sempre será o melhor juiz de seus interesses e, com isto, se estará assegurando a plena vigência do princípio da proteção.⁵¹

Francisco Meton Marques de Lima é incisivo quando conclui que:

[...] a irrenunciabilidade dos direitos pelo empregado há que permanecer como regra, qualquer que seja a extensão da reforma trabalhista, porque os compromissos com os órgãos internacionais de defesa dos direitos humanos e dos trabalhadores impõem isto. Além do que o nível ético da nossa comunidade econômica em matéria social ainda rasteja sob duas patas e uma cauda.⁵²

José Jaguiê Bezerra Diniz reconhece que certos direitos trabalhistas são irrenunciáveis em qualquer lugar do mundo por serem amparadas pela OIT, e que no Brasil, apesar de também serem irrenunciáveis, na prática acabam sendo renunciados através do acordo judicial que, em sua opinião, nada mais é que uma renúncia.⁵³

A convenção n. 95, da OIT, que dispõe sobre a proteção do salário, afirma o princípio da irredutibilidade salarial ao proibir descontos salariais, só admitindo os que forem autorizados em lei ou fixados por convenção coletiva ou sentença arbitral (art. 8º da Convenção).

⁵⁰ CAMÕES, Luís de. *Os Lusíadas*. São Paulo: Cultrix, p. 89, 2000.

⁵¹ ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, p. 122, 1994.

⁵² LIMA, Francisco Meton Marques de, op. cit., p. 628.

⁵³ DINIZ, José Jaguiê Bezerra. *Perspectivas da Justiça do Trabalho Numa Sociedade Globalizada*. Revista LTr, v. 62, n. 3, mar/2006.

Octavio Bueno Magano estabelece a diferença entre normas imperativas e normas supletivas, sustentando que as norma imperativas ou proibitivas não podem ser modificadas pela vontade das partes por serem obrigatórias, enquanto que as normas supletivas ou permissivas tornam-se obrigatórias somente se as partes se abstiverem de regular suas relações de outra maneira, acatando as determinações legais. A ordem pública econômica contém em si a ordem pública de proteção, que produz normas tutelares do trabalho e que é um conceito relativo, pois deixa de ser aplicada quando uma norma convencional for mais favorável ao trabalhador. A ordem pública trabalhista tem caráter relativo diante da flexibilização, pois assegura direitos passíveis de renúncia ou transação, desde que através de procedimentos idôneos como a convenção ou acordo coletivo, a arbitragem, a conciliação ou a mediação.⁵⁴

Robortella propõe:

[...] a superação da polêmica entre protecionismo e flexibilidade, para vir à luz o que se pode denominar protecionismo dinâmico ou protecionismo flexível, em lugar do protecionismo estático. Essa a fórmula mais eficaz para atender ao dinamismo e rápida transformação da sociedade, devendo a ação sindical se encaminhar no sentido da gestão coletiva do mercado de trabalho.⁵⁵

O Direito do Trabalho não “protege”, e sim, corrige ou limita a desigualdade entre empregados e empregadores, não os tratando como partes iguais e não conferindo às suas normas um caráter de reciprocidade. Efetua um equilíbrio instável entre interesses antagônicos e, em períodos de crise, procura proteger primeiro a empresa, fonte de empregos.

Segundo *Nelson Mannrich*, as revisões por que passa o Direito do Trabalho “são apenas ajustes às novas realidades, não podendo, contudo, perder de vista seu papel essencial, próprio e específico, sua razão de ser: a função tutelar”.⁵⁶

⁵⁴ MAGANO, Octávio Bueno. **A determinação da norma mais favorável.** *Anais do X Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e da Seguridade Social* apud Luiz Carlos Amorim Robortella, **O moderno direito do trabalho**, p. 120-121.

⁵⁵ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim, op. cit., p. 122.

⁵⁶ MANNRICH, Nelson. **Limites da Flexibilização das Normas Trabalhistas.** *Revista do advogado. Temas atuais de Direito do Trabalho.* São Paulo: AASP, n. 54, p.30, dezembro/98.

Cássio de Mesquita Barros Junior argumenta que a delegação à autonomia coletiva da proteção do trabalhador não exclui a atuação da lei, mas estará sempre fundamentada na lei, que é a fonte preferencial do Direito moderno. Segundo o mestre, a lei não perde sua posição hierárquica superior ao fixar parâmetros suscetíveis de modificação pela autonomia sindical, podendo até, para encontrar o equilíbrio necessário, modular a delegação.⁵⁷

O Direito do Trabalho, que regulava as relações de trabalho subordinado, passou a ser, paulatinamente, o direito de todos os trabalhadores, em atividade, em formação profissional, aposentados. Seu foco de interesse abrange as relações profissionais em sua integralidade, além da compatibilização da proteção individual do trabalhador com a solidariedade e a solução dos problemas sócio-econômicos.⁵⁸

2.2 FLEXIBILIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

Muitos são os direitos ligados ao homem: direitos fundamentais, direitos constitucionais, direitos sociais, direitos civis, direitos políticos, direitos coletivos, direitos individuais, direitos do homem e do cidadão.

Sempre que se fala em direitos humanos, remonta-se à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada pela Assembléia Nacional francesa em 1789, “na qual se proclamava à liberdade e a igualdade nos direitos de todos os homens, reivindicavam-se os seus direitos naturais e imprescritíveis (a liberdade, a propriedade, a segurança, a resistência à opressão), em vista dos quais se constitui toda a associação política legítima.”⁵⁹

Duas declarações de direitos antecederam a Declaração dos direitos do homem e do cidadão: na Inglaterra, o *Bill of rigth*, que consagrava a Revolução

⁵⁷ BARROS JÚNIOR, Cássio de Mesquita. **Flexibilização no Direito do Trabalho**. Revista Trabalho & Processo. São Paulo: Editora Saraiva, n. 2, p.44, setembro de 1994.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 45.

⁵⁹ MATTEUCCI, Nicola. **Direitos Humanos** In: Norberto Bobbio et al., **Dicionário de Política**, Brasília, UnB, Vol.1, p. 353, 1997.

gloriosa de 1689 e, nos Estados Unidos, os *Bills of rights* das colônias que se rebelaram contra a Inglaterra, em 1776.⁶⁰

Os direitos humanos podem ser classificados em civis, que são os que dizem respeito à personalidade do indivíduo (liberdade pessoal, de pensamento, de religião, de reunião e liberdade econômica); *políticos*, ligados ao Estado democrático, que determinam uma participação ativa dos cidadãos na vida política (liberdade da associação nos partidos, direitos eleitorais); e *sociais*, que correspondem a garantias proporcionais pelo Estado aos cidadãos (direito ao trabalho, à assistência, ao estudo, à tutela da saúde).⁶¹

Na definição de Miguel Rodriguez-Piñero, direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pela Constituição e que “procuram facilitar e tornar possível o desenvolvimento integral da pessoa e o exercício real e efetivo de sua liberdade, a concretização da liberdade genérica em autodeterminação e em auto-realização”.⁶²

Reveste-se de especial importância nos ordenamentos jurídicos avançados o tema dos direitos fundamentais, podendo-se mesmo afirmar que, atualmente, o respeito a eles constitui o principal interesse público.⁶³

Octavio Bueno Magano classifica os direitos fundamentais em direitos individuais e direitos sociais. Direitos individuais, no magistério do eminente professor, “são os que surgiram para coibir abusos da autoridade, atingindo o apogeu com o predomínio do individualismo liberal”.⁶⁴

Entre os direitos individuais encontram-se a igualdade legal, a liberdade (de pensamento, religiosa, locomotora, profissional, de associação e de reunião), o direito de propriedade, a inviolabilidade da residência, o sigilo de correspondência, o direito de defesa, o *habeas corpus*, entre outros.⁶⁵

⁶⁰ *Idem. Ibidem.*

⁶¹ *Ibid.*, p. 354.

⁶² RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. **Constituição, Direitos Fundamentais e Contratos de Trabalho**. Trad. De Floriano Corrêa Vaz da Silva. Revista Trabalho & Doutrina. São Paulo: ed. Saraiva, n. 15, p. 25, dezembro de 1997.

⁶³ *Ibid.*, p. 24-25.

⁶⁴ MAGANO, Octávio Bueno. **Constituição. Direitos Fundamentais e Contrato de Trabalho**. Revista Trabalho & Doutrina. São Paulo: ed. Saraiva, n. 15, p. 27, dezembro de 1997.

⁶⁵ *Idem. Ibidem.*

Os direitos sociais foram concebidos no século XIX, aparecendo nas constituições de Weimar e na mexicana e atingiram seu apogeu logo após a Segunda Grande Guerra. Enquanto os direitos e garantias individuais exigem do Estado e de outras pessoas obrigações de não fazer, os direitos sociais pressupõem uma atividade progressiva do Estado, traduzindo-se em padrões de conduta norteadoras da atividade estatal.⁶⁶

A declaração de Filadélfia, de 10 de maio de 1944, destaca, entre outros, o princípio de que o trabalho não é uma mercadoria (Art. I, “a”) e proclama a obrigação da OIT de auxiliar as nações na execução de programas relacionados com o emprego e a empregabilidade (Art. III).⁶⁷

A Declaração da Filadélfia refletiu-se na Declaração dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, que se tornou a fonte mais importante das modernas Constituições ao resguardar a segurança social e os direitos econômicos, sociais e culturais.⁶⁸

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, em Paris, tem o Brasil como um dos signatários.

Substituindo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, constitui fonte de hierarquia máxima no mundo do Direito ao enunciar princípios que devem inspirar a elaboração e a aplicação das normas jurídicas.⁶⁹

Devido às dificuldades mencionadas no decurso das negociações, os Estados-membros das Nações Unidas abandonaram a idéia originária de elaborar um único Covenant contendo compromissos específicos jurídicos dos Estados no tocante ao respeito aos direitos humanos e um sistema de controle para garantir esse respeito.

⁶⁶ *Idem. Ibidem.*

⁶⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. Ed. LTr, p. 68-69, 1994.

⁶⁸ GONZALEZ, Ismael. **Autocomposição de Conflitos Trabalhistas**. Revista LTr. São Paulo: ed. LTr, v. 62, n. 09, p. 1.163, setembro de 1998.

⁶⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo, op. cit., p. 531.

Portanto, adotaram-se dois pactos, um relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais, e outro relativo aos direitos civis e políticos, ambos acompanhados de diferentes sistemas de controle. São previstos procedimentos de controle de tipo contencioso apenas em relação aos direitos e às liberdades tuteladas pelo pacto sobre direitos civis e políticos. Tais procedimentos, no entanto, não devem ser postos em prática simultânea e concomitantemente aos pactos.

A Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou, em 19 de dezembro de 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direito Econômico, Social e cultural e um Protocolo facultativo complementar do Pacto, ambos ratificados pelo Brasil, visando a converter os princípios da Declaração em tratados.

Os direitos sociais são prolongamentos dos direitos humanos, harmonizam-se com o sistema jurídico e não admitem retrocessos.⁷⁰

Segundo Nelson Mannrich, as revisões por que passa o Direito do Trabalho “são apenas ajustes às novas realidades, não podendo, contudo, perder de vista seu papel essencial, próprio e específico, sua razão de ser: a função tutelar”.⁷¹

Para Júlio César do Prado Leite, é necessário modernizar o mercado de trabalho, sem retirar do Estado a sua obrigação essencial, “que consiste em cuidar da população que abriga. Esta a sua própria razão de ser. Para tanto, permanece a sua obrigação de elaborar e fazer cumprir as regras jurídicas fundamentais de proteção social”.⁷²

⁷⁰ SOUZA, Sérgio Alberto de, op. cit., p. 36 e 39.

⁷¹ MANNRICH, Nelson, op. cit., p. 30.

⁷² LEITE, Julio César do Prado. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. Revista Trabalho & Processo. São Paulo: ed. Saraiva, n. 6, p. 89 e 93, setembro de 1995.

3. FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO LABORAL

3.1 NOÇÕES PRELIMINARES

É preciso ter em mente que ao longo do tempo, mais precisamente ao longo dos últimos trinta anos, houve uma real evolução econômica, social e jurídica marcada, principalmente, por desestruturações, redefinições, novas alianças.

Outrossim, é fundamental ter em conta que o Direito do Trabalho enfatiza a proteção e revela pouca liberdade, sendo a sua preocupação proteger o trabalhador mais do que proteger a empresa contra contingências econômicas.

O perfil das alterações econômicas, sociais e estruturais, que representou todo um processo de modernização também surtiu efeitos sobre as relações de trabalho.

Uma das mais drásticas implicações desses novos ciclos de mudanças foi o desemprego que atingiu, não somente o primeiro mundo, mas também o chamado segundo e terceiro mundo de forma estrutural, provocando a diminuição da geração de empregos e uma crescente informalização da mão-de-obra.

A situação agrava-se a tal ponto, que há a extinção de postos de trabalho cuja mão-de-obra é especializada e de qualidade, o que significa que até o

contingente mais qualificado encontra dificuldades para se recolocar, não sendo mais a escolarização um diferencial para a ocupação de postos de trabalho.

A revolução tecnológica somada às crises econômicas levou ao aparecimento da flexibilização, tema polêmico e que merece análise sob o ponto de vista das relações de trabalho.

Contrapõem-se aqui duas correntes, a saber, aquela dos que a vêem como um remédio capaz de resolver os problemas hoje enfrentados pelo mercado de trabalho, e outra que a considera como um elemento de destruição do Direito do Trabalho. É claro que estamos diante de um conceito que comporta várias interpretações.⁷³

Cássio Mesquita Barros ensina que:

[...] o que se pede ao estado, na flexibilização é que se cumpra a função de regular a relação de trabalho em vez de apenas protegê-la, consistindo esta nas medidas ou procedimentos de natureza jurídica que têm a finalidade social e econômica de conferir as empresas a possibilidade de ajustar a sua produção, emprego e condições de trabalho às contingências rápidas ou contínuas do sistema econômico [...]⁷⁴

Ademais, o autor também afirma que a precariedade, embora não seja um atributo da flexibilização, pode conduzir a esta, visto na empresa moderna as atividades que não inseridas no âmbito de sua especialização, serem transferidas a terceiros, gerando o contexto da mão-de-obra contratada e subcontratada.⁷⁵

Há que chamar a atenção também para o fato de que as implicações do processo de flexibilização no hemisfério norte impactuam de modo diferente as populações envolvidas em relação ao hemisfério sul. Em outros termos, a flexibilidade do trabalho na Europa e EUA surtem efeitos menos graves sobre os obreiros do que na América Latina.

⁷³ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim, op. cit., p. 194.

⁷⁴ BARROS JÚNIOR, Cássio de Mesquita. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. LTr: revista legislação do trabalho. São Paulo, ano 59, n. 8, p. 1034, ago. 1995.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 1035.

No Brasil, a tendência à flexibilização tem-se verificado também com a redução de encargos trabalhistas e previdenciários, notando-se uma crescente participação dos trabalhadores informais, cujas peculiaridades são a falta de direito trabalhistas, rendimentos inferiores aos dos trabalhadores do setor formal e a realização freqüente de contratos de curta duração.

Convém ressaltar, a título de explicitar a assertiva colocada em linhas anteriores, que ainda que a informalidade fragilize as relações trabalhistas e agrave a situação de pobreza, esta não é decorrência direta do *status* da não participação do mercado de trabalho ou da precariedade da sua participação. Há também outros fatores concorrentes que desencadeiam esta realidade, quais seja, o baixo nível educacional, e de qualificação e o fator de discriminação em todas as suas formas.⁷⁶

De outro lado, há também, a grande quantidade e a inadequação dos dispositivos legais em nível constitucional e ordinário, que limitam o processo de flexibilização, embora se tenha verificado um grande avanço com a promulgação da Constituição de 1988.

O que se verifica é um processo extremamente dinâmico em conflito com uma estrutura limitante que vai desde a formulação das leis até a própria estrutura burocrática da Justiça do Trabalho, que parece fazer frente às questões do mundo do Direito do Trabalho, apenas pela ótica da protetividade.

É certo que o processo flexibilizatório é irreversível e levará à necessidade da tomada de atitudes concretas de desmobilização desta estrutura engessada que hoje se verifica. Em outras palavras, o processo de flexibilização dará novos contornos às relações de trabalho, levando à ampliação dos limites e da compensação do próprio Direito do Trabalho em si mesmo, na medida em que passa a enxergar o contexto sob um ponto de vista econômico e social.

⁷⁶ LEITE, Julio César do Prado, op. cit., p. 104.

3.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA FLEXIBILIDADE LABORAL

Os fundamentos teóricos da proposta flexibilizadora são, basicamente, econômicos, de um lado, e tecnológico-produtivo, de outro. Sem, é claro, prejuízo da concorrência de outros fatores de origem diversa que de modo distinto, direta ou indiretamente, vem fortalecer a referida demanda.⁷⁷

O principal fundamento teórico da flexibilidade e, especialmente, de sua variável extrema, a desregulamentação, tem raízes nos postulados da escola econômica neoliberal. A receita neoliberal, em matéria laboral, é muito precisa: individualização das relações laborais, até o limite do politicamente possível.

Para alcançar esse objetivo postula, de um lado, a não intervenção do Estado nas relações individuais de trabalho, de forma tal que cada trabalhador negocie livre e individualmente com o empregador, a venda de sua força de trabalho. Levada às suas máximas conseqüências teórica – não realizadas e talvez não realizáveis na prática – esta proposta supõe a derrogação da legislação do trabalho e sua substituição pelo Direito Cível, assim como a abstenção estatal na área administrativa e judicial (com a conseqüente abolição da administração do trabalho e da Justiça especializada). Para que a individualização das relações laborais fosse completa, seria necessário, ademais, evitar a ação sindical, a autonomia e a autotutela coletivas.⁷⁸

Em razão disso, a segunda proposta laboral dos economistas neoliberais de banir a intervenção estatal nas relações individuais de trabalho consiste em uma aparente contradição em postular a intervenção restritiva do Estado, em sede de relações coletivas de trabalho. Deveria haver legislação que banisse – ou limitasse até o limite politicamente possível a ação sindical, a negociação coletiva e o direito de greve. Porque a ação sindical, a negociação coletiva e a greve são práticas de monopólio, através das quais os trabalhadores tratam de elevar artificialmente o preço da mercadoria que vendem – seu trabalho.⁷⁹

⁷⁷ FARIA, José Eduardo. (org.), op. cit., p. 35.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 37.

⁷⁹ LEITE, Julio César do Prado, op. cit., p. 201.

Isso explica porque, em geral, as exigências de flexibilização se concentram no Direito Individual do Trabalho e – ao menos na América Latina – não se inquietam pelo caráter restritivo que tem a legislação sindical.⁸⁰

É indispensável lembrar-se que muitos direitos dos trabalhadores e, muito especialmente, os de sindicalização, negociação coletiva e greve, são, sem sombra de dúvida, direitos humanos reconhecidos pelos grandes Pactos e Declarações universais e regionais em quase todas as Constituições e em várias normas internacionais do trabalho. Não esqueçamos também que a Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) postula que o “trabalho não é uma mercadoria”.

Ainda afirmou-se que a desregulamentação e a flexibilização barateiam o custo do trabalho aumentando o lucro das empresas – o que parece indiscutível – e que isso estimularia novos investimentos produtivos que, finalmente, elevariam os salários e demais condições de trabalho. De fato, no plano político, a necessidade de promover o emprego foi o grande argumento das iniciativas desreguladoras e flexibilizadoras. Mas, além de certa inconseqüência teórica, o correto é que os pretendidos efeito dinamizadores do emprego não se verificam na prática.

E mesmo que assim não fosse, muitos direitos trabalhistas continuam sendo direitos fundamentais.

A outra vertente principal de fundamentação teórica da flexibilidade provem do campo tecnológico-produtivo: a revolução tecnológica propiciou uma mudança nos sistemas produtivos e na organização do trabalho que necessita de uma adaptação da legislação do trabalho. Este fundamento é muito mais sólido e sério que o anterior, mesmo possuindo seus limites. Agregue-se a ele que é essa mudança tecnológica que freqüentemente provoca a substituição de mão-de-obra por tecnologia, e que provoca o desemprego e que, por outro lado, a flexibilidade jurídica reclamada deve observar o respeito aos direitos fundamentais.⁸¹

⁸⁰ *Idem. Ibidem.*

⁸¹ CAMPERO, Guilherme et al., op. cit., p. 32.

Sem se constituir em fundamentos teóricos de flexibilidade, outros fatores concorrem para fortalecer dita corrente ou para enfraquece os obstáculos que ela enfrenta.

Assim, no plano cultural e social, a pós-modernidade exalta o individualismo e menospreza a solidariedade e os valores coletivos.

Subtrai-se, assim, sustento cultural e prestígio ao sindicato, à negociação coletiva e à greve, instituições todas coletivas e solidárias, tanto como à legislação do trabalho e a previdência social, que mal ou bem, com acertos e erros, são construções estatais de solidariedade com relação a setores fracos da sociedade.

Paralelamente, no terreno político, a queda do Muro de Berlim permitiu que o capitalismo considere que já não necessita do Estado do Bem-Estar, cuja função havia sido a de evitar que os trabalhadores e outros setores desfavorecidos adotassem o comunismo.⁸²

Diante da inexistência de alternativa, já não é necessário cultivar o “lado social” do capital.

Perante as profundas transformações do contexto econômico, das quais provêm potentes impulsos às flexibilização dos módulos organizacionais regulativos, o Direito do Trabalho parece estar atravessando uma série crise de identidade. Esta se refere a múltiplos aspectos em particular, de um lado, pode-se dizer que a crise se manifesta com relação à amplitude do terreno ocupado por aquele direito (a área do trabalho subordinado – e então aquela do Direito do Trabalho como nós o conhecemos – está destinada a reduzir-se? O Direito do Trabalho está destinado a perder a importância?); de outro lado, trata-se talvez, da outra face da mesma moeda. Pode-se dizer concernente à eficiência regulativa do Direito do Trabalho, aliás, a sua capacidade de responder efetivamente às exigências de promoção, tem um significado.

⁸² *Ibid.*, p. 38.

Ao se pretender favorecer o racional tratamento econômico do capital, o contrato de trabalho representou, em suas origens, o instrumento através do qual se expressou aquele processo de redução do trabalho, a mercadoria que acompanhou a primeira revolução industrial. Através do contrato de trabalho, na verdade, o dono do capital, satisfazia a exigência de adquirir mera energia laborativa a ser dirigida e controlada, mediante um sistema hierárquico e disciplinar, com o fim de realizar para si mesmo, a produção de bens. O nascimento da manufatura é acompanhado pela redução do artesão, trabalhador autônomo, à condição de trabalhador subordinado; com o nascimento da manufatura, o artesão não pôde mais vender os bens por ele produzidos, precisou “vender” a si mesmo.⁸³

O Direito do Trabalho, como nós o conhecemos, desenvolveu-se sobre o antigo ramo do Direito Cível para atenuar e contrastar as negativas conseqüências advindas da disparidade das condições econômicas (e poder) que a ideologia do “livre contrato de trabalho” ocultava por detrás da máscara da paridade jurídica dos contratantes.⁸⁴

Atualmente, após um longo ciclo, durante o qual o Direito do Trabalho operou seu desenvolvimento na direção da “descomercialização” do trabalho, parece iniciar-se uma tendência em sentido contrário: do trabalho subordinado ao trabalho autônomo. O capitalismo, de fato, parece menos interessado no controle disciplinar da energia laborativa e mais interessado, ao invés disso, nos resultados.

Em um crescente número de casos, o empresário consegue satisfazer as suas exigências de produção, sem recorrer ao trabalho de pessoas segundo o modelo tradicional, que comportava a direção pontual, por parte do empregador da energia laboral dos obreiros. A nova tratativa econômica ao capital, o leva a utilizar outros instrumentos, a saber, o trabalho autônomo e a descentralização do trabalho.⁸⁵

⁸³ MAGANO, Octávio Bueno, op. cit., p. 86.

⁸⁴ *Idem. Ibidem.*

⁸⁵ LEITE, Julio César do Prado, op. cit., p.118.

Em outros termos, de um período para cá, fatores de modernidade colocam seriamente em discussão a figura central e tradicional do trabalhador em torno da qual se desenvolveu o próprio Direito do Trabalho, tal como o conhecemos sob a figura do trabalhador contratado em tempo integral, com contrato por prazo indeterminado e com direito à estabilidade.

Esta-se falando de fatores propulsores, que se manifestam nas várias formas de flexibilização que estão se difundindo, em múltiplos planos. Difundem-se, no interior da área da subordinação: pense-se, por exemplo, na pluralização das formas contratuais (aquelas denominadas atípicas), ou nas inovações realizadas na contratação coletiva, referente à matéria das atividades laborais, da distribuição da jornada de trabalho, do tratamento retributivo.

Formas de flexibilização difundem-se, ainda fora de área da subordinação, operando de modo a reduzir esta última; pensamos no desenvolvimento das formas de trabalho autônomo que, muitas vezes, representam a remodelação da relação de dependência econômica, e também nas várias formas de descentralização da atividade produtiva.

Esta orientação dirigida a uma reduzida utilização do modelo de trabalho subordinado pode ser descrito, em alguns aspectos, como uma “fuga do Direito do Trabalho”. A amplitude do âmbito ocupado pelo Direito do Trabalho tradicional parece estar se reduzindo cada vez mais.⁸⁶

Pode-se dizer que este aspecto do Direito do Trabalho apresenta-se com mais relevo que os demais, talvez porque esteja inserida num contexto de transformações tamanho, que analisar a crise da subordinação signifique mesmo analisar-se a crise do próprio Direito do Trabalho.

Poder-se-ia relacionar alguns fatores diretamente relacionados ao conceito de subordinação e que nos levam a repensar o modelo clássico do Direito do Trabalho, quais sejam:

⁸⁶ MAGANO, Octávio Bueno, op. cit., p. 93.

a) a evasão gradativa do Direito do Trabalho⁸⁷, pois se verificam múltiplas modalidades de subcontratação, terceirização, descentralização e, em outras palavras, desconstituição da relação de trabalho.⁸⁸

b) A educação e formação profissional podem ser consideradas também como fatores de diluição da subordinação, com base em reduzido número de trabalhadores estáveis e bem remunerados que laborem em tempo integral e, de outro lado, um contingente de trabalhadores periféricos e “provisórios” ou “temporários”, como se queira chamar, aqueles que são usados por tarefa ou curto período de tempo, como assim o denomina Alain Supiot⁸⁹, visto que quanto maior a qualificação, maior é a independência do trabalhador e maiores condições tem ele de fazer valer seus direitos, permanecendo assim em uma redoma de proteção.

c) Redução do tempo de jornada de trabalho, poderia ser um novo fator de limitação da subordinação, na medida em que o progresso tecnológico continue a promover a substituição de mão-de-obra.⁹⁰

d) As novas formas de organização do trabalho são também responsáveis em grande parte pelas modernas reflexões sobre a subordinação jurídica tido como elemento básico da existência do contrato de trabalho e, conseqüentemente, do Direito do Trabalho.⁹¹

Em razão das necessidades impostas pela tecnologia e formas de organização do trabalho ou por questão de redução de custos e maior competitividade nos mercados globalizados, hodiernamente, são empregadas as modalidades abaixo enumeradas com o fim de retirar a subordinação jurídica da relação de trabalho e, portanto, não aplicar o Direito do Trabalho.⁹²

⁸⁷ CASTELLI, Alejandro. **De la expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el Derecho Laboral. Una nueva tendencia a fines del siglo XX**, *Revista Derecho Labora*, Montevideo, v. 41, n. 190, p. 295, 2007. Veja-se também, na mesma revista, HUGO, Fernandes Brignoni, *Reflexiones sobre las formas de contratación del trabajo en los años 90*. p. 342 e ss.

⁸⁸ LUCENA, Hector. **Modernización productiva y negociaciones colectivas**. Valencia, p. 26 e ss., 54 e ss., 2007.

⁸⁹ SUPLOT, Alain. **Transformaciones del trabajo**, Ginebra, v. 118, n. 1, p. 38, 1999.

⁹⁰ LUCENA, Hector, op. cit., p. 26.

⁹¹ *Ibid.*, p. 27.

⁹² RASO DELGUE, Juan. **La contratación atípica del trabajo**, Montevideo, 2000.

a) contrato de arrendamento de serviços: não é figura nova, tendo ocorrido, nestes últimos anos, uma volta à sua utilização, havendo até um abuso deste expediente.

b) A constituição de empresas unipessoais as quais celebram com os empregados contratos de arrendamento de serviços ou contratos de índole civil ou comercial, deixando bem marcado o caráter externo da prestação de serviços, que até em certos casos se dá com fim de encobrir uma relação de trabalho fraudulenta.

c) Cooperativas: como se pode ver através da legislação brasileiros e peruanos, que chegaram até a empreender reformas legais para sua introdução e existência no sistema jurídico. A contratação com uma cooperativa é uma forma de terceirização que pode vir a ser lícita ou ilícita, caso em que ela é formada por ex-funcionários do empregador.

d) Subcontratação: expediente que, não se confundindo com intermediação, justifica-se por razões técnicas ou produtivas, é com frequência usada como instrumento de terceirização.

e) contratação através de empresa de trabalho temporário: é uma forma moderna de intermediação ou subcontratação de mão-de-obra, sendo o trabalho prestado através de uma administradora, sendo nada mais que uma intermediadora de mão-de-obra.

f) Teletrabalho: compreendido como um trabalho realizado fora do estabelecimento da empresa, geralmente no domicílio do trabalhador, constitui-se em uma forma de prestação de serviços em que está desconfigurada a subordinação. É claro que o lugar de trabalho é um dos fatores indicadores da subordinação, mas não é o único.

g) O “staff-leasing” e o “pay-rolling”, formas degenerativas de prestação de serviço em que os trabalhadores são colocados na folha de pagamento

de outra empresa cuja função é assumir as responsabilidades sobre a mão-de-obra que se liga diretamente à empresa principal.

h) Contrato de distribuição ou frete: é figurada de Direito Comercial; constitui-se em uma forma de externalizar o trabalho prestado por condutores e distribuidores.

i) Contrato de franquia;

j) Descentralização da própria estrutura produtiva com a divisão da empresa, de forma coordenada, em várias unidades, real ou presumidamente autônomas sob a forma de consórcios modulares ou condomínios industriais. Neste modelo, menos de 20% do pessoal está empregado na empresa principal, enquanto que o restante da mão-de-obra está vinculada a empresas autônomas responsáveis por cada uma das etapas do processo de produção.

k) Formas flexíveis de organização da produção: trabalho em equipes e seu efeito é limitado à subordinação.

3.3 A INSTABILIDADE DO CONCEITO DA SUBORDINAÇÃO E O REDIMENSIONAMENTO DO DIREITO DO TRABALHO

A substituição da subordinação jurídica, por outro conceito, pode conduzir a um verdadeiro redimensionamento do Direito do Trabalho, efeito este inevitável, tendo em vista o caráter determinante e delimitador do conceito em questão.

O fato é que esse redimensionamento pode ocorrer em diversas direções. Em tese, poderia assinalar para ampliação de limites, extensão do Direito do Trabalho, para sua extensão modulada, fracionada ou diferenciada, como também para uma possível redução ou extinção.⁹³

⁹³ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim, op. cit., p. 204.

Quanto ao primeiro aspecto desta abordagem, pode-se dizer que, quanto à extensão do Direito do Trabalho, o fenômeno da chamada evasão, poderia, até certo ponto, ocasionar um movimento natural no sentido de expandir os limites de aplicação do Direito Trabalhista, alcançando estes grupos de indivíduos não tutelados e não inseridos no modelo clássico de subordinação jurídica.⁹⁴

Desse modo, lançando mão de critérios, tais como o da subordinação econômica ou social, o da parasubordinação e o da proteção ao trabalhador se poder-se-ia empreender uma extensão, uma ampliação do âmbito de cobertura do Direito do Trabalho. Curiosamente, o que ocorreria neste caso é a conversão do Direito do Trabalho em direito regulador de todo o trabalho humano.

Convém ressaltar que essa dinâmica, de nenhum modo, implicou redução da proteção do trabalho juridicamente subordinado, mas, ao revés, importou na elevação da proteção do trabalho autônomo, levando-se em conta as diferenças de tipificação existentes entre as figuras, como bem expõe o jurista Daniel Rivas.⁹⁵

No que tange ao segundo aspecto, o da extensão fracionada ou diferenciada, há também aqui, uma perspectiva de extensão do âmbito do Direito do Trabalho não somente formada pelas hipóteses hoje não cobertas, mas também por hipóteses novas ainda não previstas em seu bojo, tais como algumas hipóteses de trabalho independente ou informal.

Esta proposta é inovadora e se propõe a estabelecer determinados níveis ou estágios de proteção a diversas categorias diferentes daquelas concernentes ao conceito clássico de trabalho subordinado.

Pode-se observar, que, em ambas as proposições acima abordadas, como possibilidade para o novo Direito do Trabalho, está envolvida a tarefa da superação do conceito de subordinação. Porém, é bom lembrar que a essas novas categorias se aplicariam o Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário em sua

⁹⁴ *Idem. Ibidem.*

⁹⁵ RIVAS, Daniel. **La subordinacion, critério distintivo del contrato de trabajo**. Montevideo, 1996. p. 34.

totalidade, mas somente alguns institutos, daí, pois, a caracterização da extensão como fracionada ou diferenciada.

Num terceiro plano, todo esse movimento de redimensão poderia vir a reduzir ou mesmo extinguir o Direito do Trabalho. Em tese, esse posicionamento diz com o postulado da escola econômica neoliberal e na prática o que se vê é que mesmo as mais radicais reformas acabaram por manter um Código de Trabalho.⁹⁶

3.4 AS TENDÊNCIAS DO DIREITO DO TRABALHO

Os problemas econômicos e sociais repercutem nas relações de trabalho, causando-lhes mudanças profundas. A efetividade da internacionalização da economia é, por exemplo, um fenômeno de grande impacto no mundo e em especial nas relações de trabalho.

O desafio posto aos juristas é o de buscar mecanismos e fórmulas de adaptação do Direito do Trabalho a novas condições de trabalho e encorajados por essa convicção ousarei alinhar algumas considerações sobre as perspectivas de um novo direito laboral, tendo-se em vista que as transformações jurídicas são decorrências inevitáveis dos fatos sociais.⁹⁷

Pode-se partir, da certeza de que o Direito do Trabalho atual vive uma crise de identidade, colocando à prova até mesmo sua capacidade de adaptação. Nesse sentido, assevera Antonio Fernandes o seguinte:

[...] o modelo dito clássico dos ordenamentos legais, baseado na identificação de um arquétipo relacionado com o vínculo empregatício e inspirado na necessidade social de tutela da parte mais fraca nesse esquema contratual, é um modelo sitiado pelo adensamento de novas realidade socioeconômicas e colocado numa crise de identidade manifesta.⁹⁸

⁹⁶ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim, op. cit., p. 206.

⁹⁷ BARROS JÚNIOR, Cássio de Mesquita, op. cit., p. 46.

⁹⁸ FERNANDES, Antonio Monteiro. **A "Flexibilidade" em Direito do Trabalho.** *Revista do Tribunal regional do Trabalho TRT da 8ª Região*, Belém, v.1, n. 40, p. 11, 1988.

O fato é que, o confronto entre a dogmática e a prática, na tendência da flexibilização da legislação trabalhista, é algo realmente fatal. Nesse confronto, a reestruturação do direito trabalhista se conduz na idéia de preservação de seus valores fundamentais. O que não se quer é sua morte ou destruição.

Na verdade, o velho Direito do Trabalho ajuda o novo a crescer. Em contrapartida, o novo Direito do Trabalho não deixa o velho morrer. O crescimento se dá por etapas, mediante a experiência passada, em busca de dias melhores. Assim, a perspectiva do Direito do Trabalho do futuro é de fundamental interesse, pois é preciso reordenar as prioridades e valores para a adequada adaptação à realidade contemporânea, pois que, suprimi-la, ou ignorá-la seria um verdadeiro retrocesso.⁹⁹

A flexibilização insere-se no contexto mais amplo da globalização e, por isso, há uma relação de causa e efeito entre globalização e flexibilização.

A globalização, pela exacerbação da concorrência, gera desemprego, exigido normas para tutelar o emprego e sua continuidade, notadamente nos momentos de crise econômica. O direito precisa manter liames profundos com a realidade.¹⁰⁰

Parece-nos muito difícil, para não dizer impossível, entender o Direito do Trabalho sem considerar a economia, pois que existe uma interdependência entre as questões jurídicas e as sociais.

O Brasil, de fato, devido à sua tradicional instabilidade econômica, urge de um ordenamento jurídico dinâmico, capaz de adequar-se à realidade dos dias atuais, inclusive quanto à adoção de mecanismo mais modernos de solução de conflitos trabalhistas.

Isso, porém, não vem significar a desregulamentação pregada pelos franceses do *laissez-faire*, *laissez-passer*; muito pelo contrário, a flexibilização

⁹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, **Conceito e Modelos de Jurisdição Trabalhista**. LTr: revista legislação do trabalho, São Paulo, ano 61, n. 8, p. 1024, ag. 1997.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 1026.

significa o ajuste do Direito do Trabalho ao mundo moderno, porém, com a lembrança de que o ser humano, especialmente o trabalhador brasileiro, ainda é carente de proteção efetiva mínima para uma sobrevivência digna.¹⁰¹

Com muita propriedade, José Francisco Siqueira Neto apregoa que a perspectiva de um Direito do Trabalho moderno consagra, dentre tantos aspectos, a liberdade sindical nos moldes da Organização Internacional do Trabalho; a representação dos trabalhadores por local de trabalho; a tutela da ação sindical em todos os níveis; o efetivo direito de greve; a negociação coletiva de trabalho em todos os níveis; o desenvolvimento de políticas e a edição de legislação de fomento ao emprego, a desburocratização da lei processual do trabalho para diminuir o tempo de prestação jurisdicional, etc.¹⁰²

A flexibilidade, como outros conceitos que despertam polêmica, não constitui uma idéia unívoca. “O fenômeno da flexibilização é o que os franceses chamam de *denormalisation, déréglementation ou flexibilité*”, com a tradução direta, mais freqüente, deste último vocábulo. O certo é que, nos diversos países, há múltiplas idéias sobre flexibilidade, bem como, na prática, matizadas formas de flexibilizar o Direito do Trabalho, não restando nenhuma dúvida existência de divergência doutrinária quanto à definição do termo, sendo que a matéria, muitas vezes, é desenvolvida sob outros títulos, tais como direito do trabalho da crise, direito emergencial.

Há ainda bastante divergência sobre o significado da flexibilização, senão vejamos:

Para Luiz Carlos Amorim Robortella é definida como:

O instrumento de política social caracterizado pela adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação de trabalhadores e empresários, para eficaz regulação do mercado de trabalho, tendo como objetivos o desenvolvimento econômico e o progresso social.¹⁰³

¹⁰¹ *Idem. Ibidem.*

¹⁰² SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Direito do Trabalho e Flexibilização no Brasil**. *Perspectiva*, v. 11., n. 1, p. 41, jan. 1997.

¹⁰³ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **As Transformações do Direito do Trabalho**. 1994. Tese (Doutorado)- Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo.

Já para Rosita de Nazaré Sidrim Nassar, a flexibilização das normas trabalhistas seria:

A parte integrante do processo maior de flexibilização do mercado de trabalho, consistente no conjunto de medidas destinadas a dotar o dinheiro laboral de novos mecanismos capazes de compatibilizá-lo com as mutações decorrentes de fatores de ordem econômica, tecnológica ou de natureza diversa exigentes de pronto ajustamento.¹⁰⁴

A flexibilidade de proteção, inerente à concepção clássica do direito do trabalho, estabelece princípios e normas mais favoráveis ao trabalhador, revestidos de ordem pública. Já a flexibilidade de adaptação representa o instrumento de adaptação do Direito do Trabalho à situações econômicas ou tecnológicas particulares.

Finalmente, a flexibilidade de desregulação vai mais longe, colocando em discussão as regulações do direito laboral contrária aos interesses dos próprios empregados, posto que dificulta a contratação.¹⁰⁵

Cássio de Mesquita Barros Jr. questiona se é possível alguma definição jurídica de flexibilização, ou, à falta de qualidades próprias, se é possível desenvolver algum conceito sobre ela, aceitável no direito do trabalho.¹⁰⁶ Para esse ilustre jurista em afirmação contida na conferência que proferiu no III Congresso de Direito do Trabalho, em março de 1995, a flexibilidade, antes de um conceito afirmativo, é uma reação com respeito a alguma instrução, alguma prática de mercado de trabalho que é diferente da rigidez que pode existir em outra.

Para Carlos de Buen Unna, a flexibilidade é a capacidade de adaptar o Direito do Trabalho a novas circunstancias, particularmente ao desemprego causado pela crise econômica, bem como à inflação, representando a necessidade de modernizar as empresas e conseguir uma melhor produtividade para poder fazer frente a uma competência internacional cada vez maior.¹⁰⁷

¹⁰⁴ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, p. 20, 1991.

¹⁰⁵ *Idem. Ibidem.*

¹⁰⁶ BARROS JÚNIOR., Cássio de Mesquita., op. cit., p. 1034.

¹⁰⁷ BUEN UNNA, Carlos de. **La flexibilidad en las relaciones de trabajo: perspectiv mexicana**. In: HERNANDEZ ALVAREZ, Oscar (Coord.). **Flexibilización del trabajo: un estudio internacional**. p. 123., 2006.

Em exposição proferida sobre o tema Arturo Hoyos explica que a flexibilização laboral consiste na utilização de mecanismos jurídicos que tornem possível o ajustamento da produção, emprego e condições de trabalho à rapidez e permanência das flutuações econômicas às inovações tecnológicas.¹⁰⁸

Segundo Orlando Teixeira da Costa:

[...] a flexibilidade laboral é o instrumento ideológico neoliberal e pragmático de que se vêm servindo os países de economia de mercado, para que as empresas possam contar com os mecanismos jurídicos capazes de compatibilizar seus interesses e os dos seus trabalhadores, tendo em vista a conjuntura econômica mundial, caracterizada pelas flutuações do sistema econômico e pelo surgimento de novas tecnologias.¹⁰⁹

Segundo Sérgio Pinto Martins:

A flexibilização do Direito do Trabalho vem a ser um conjunto de regras que têm por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre capital e trabalho.¹¹⁰

A flexibilização não deixa de ser um meio de lutar contra os sistemas rígidos que geram custos insuportáveis na competição internacional. E o conceito da norma mais favorável, em Direito do Trabalho, tende com certeza a cambiar, dependendo das oscilações econômicas; destarte, uma norma pode ser socialmente aceitável em um período de abundância e, entretanto, nociva em uma sociedade que enfrenta o desemprego.

O processo necessário, sem sombra de dúvida, é o de adaptação à realidade e, nisso, precipuamente, deve consistir a flexibilidade do direito laboral brasileiro, salientando que a flexibilização, no campo da legislação trabalhista, significa conferir elasticidade, abandonando os critérios de aplicação rígida da Lei, adequando o invólucro legal às alterações sociais e econômicas da comunidade.

¹⁰⁸ HOYOS, Arturo. **La flexibilización del derecho laboral tradicional: tendencias internacional reciente.** *Derecho Laboral*, v. 147, p. 516-533, jul./set. 1987.

¹⁰⁹ COSTA, Orlando Teixeira da. **Direito Alternativo ou Flexibilização.** LTr: revista legislação do trabalho, São Paulo ano 56, n. 7, p. 779-780, set. 1992.

¹¹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho.** São Paulo: Ed. Atlas p. 30, 2005.

Nesse diapasão, o cerne do Direito do Trabalho desloca-se do mundo legislado para o mundo escolhido pelas próprias partes, constituindo assim um dos fatores principais para que se compreenda a teoria e prática do que se chama de flexibilidade das normas jurídicas trabalhistas.

Entende-se que flexibilizar o Direito do Trabalho não significa eliminar todas as regras, mas sim reduzi-las ao mínimo, indispensável à segurança do trabalhador, estimulando, dessa forma, as relações francas e abertas entre as partes. A regra mais favorável deve ceder lugar ao interesse preponderante do trabalhador, para que as circunstâncias de trabalho possam ser modificadas *in melius* ou, até mesmo, *in pejus*, conforme as situações. Não existe dúvida de que a norma, para atender as profundas modificações que começamos a viver, deve flexibilizar-se aos interesses das partes.

Certamente, concorda-se com Marilena Carrogi, ao observar que:

Flexibilizar importa no abrandamento da rigidez de princípios que informam o Direito do Trabalho, em especial o que consagra o protecionismo do trabalhador. Basicamente, significa a troca de garantias de condições de emprego, pela manutenção do próprio emprego, em face da ocorrência de situações socioeconômicas adversas, que atingem a sociedade.¹¹¹

Diante das conceituações de grandes expoentes da doutrina nacional e internacional, e, levando-se em conta o fato de que não há uma conceituação unívoca do tema, propõe-se vislumbrar que a flexibilização do Direito do Trabalho é uma forma de criatividade jurídica, representando um instrumento político-social, que procura compatibilizar as normas laborais à realidade econômica, social e tecnológica, demonstrando que a norma mais favorável pode ceder lugar a modificações e circunstâncias de trabalho, até mesmo *in pejus*, conforme situações vividas pela comunidade, fazendo com que a lógica da realidade prevaleça sobre a lógica das palavras, constituindo um caminho sem volta rumo à modernidade.¹¹²

¹¹¹ CARROGI, Marilena. **Formas Atípicas de Trabalho Subordinado**. In: CARDONE, Marly A. (Coord.). **Modernização do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, p. 100, 1992.

¹¹² LEITE, Julio César do Prado, op. cit., p. 255.

Há diversos tipos de flexibilização. Abordar-se-a, apenas a título informativo, as classificações de doutrinadores que dedicaram ao estudo dessa matéria. O professor Amauri Mascaro Nascimento, faz a seguinte classificação:¹¹³

Quanto à finalidade: a) flexibilização de proteção, para preservar a ordem pública social; b) flexibilização de adaptação, com acordos derogatórios; c) flexibilização de desproteção, quando há supressão de direitos adquiridos.

Quanto ao conteúdo: Flexibilização do modelo jurídico-normativo de relações de trabalho: a) modelo absolutamente legislativo, como o da América latina; b) modelo misto, como o da Europa, que combina contratos coletivos com Leis de garantias básicas; c) modelo aberto, como o norte-americano, fundado no princípio da não intervenção estatal nas relações trabalhistas.

Quanto às formas de contratação: a) flexibilização com a ampliação do uso dos contratos por prazo determinado; b) a terceirização mediante subcontratação; c) empreitadas; d) cooperativas; e) trabalho a tempo parcial; f) emprego dividido; g) trabalho temporário.

Quanto aos direitos do trabalhador: a) sob compensação de horários de trabalho em parâmetros maiores que o semanal passando a até anual; b) supressão de horas extraordinárias; c) redução salarial por acordos coletivos; d) remuneração variável, etc.

Quanto às funções do direito do trabalho: “Discute redirecionamento da proteção ao trabalhador para determinados bens jurídicos fundamentais que não devem ser passíveis de flexibilização como a da tutela da vida, saúde, integridade física, personalidade e alguns direitos econômicos básicos, com o que o direito do trabalho teria duas partes, os direitos e garantias fundamentais com a característica de bens indisponíveis constitucionalmente protegidos no interesse da ordem pública social, e uma parte contratual emergente das negociações coletivas e dos contratos

¹¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Questões atuais de direito do trabalho**. LTr: revista legislação do trabalho, São Paulo, ano 61, n. 1, p. 14, jan. 1997.

individuais de trabalho, aqueles atuando num sentido heterônimo em relação a estes.”

Rosita de Nazaré Sidrim Nassar¹¹⁴, por sua vez, classifica os tipos de flexibilização de acordo com os seguintes critérios:

I. Quanto ao objeto: a) flexibilização do emprego. Relações de trabalho atípico:

1. trabalho clandestino; 2) contrato por tempo determinado; 3) o trabalho temporário; 4) o contrato de um empregado por vários empregadores; 5) o trabalho à distância; 6) relações de trabalho atípicas referentes ao tempo de trabalho; b) flexibilização dos salários; c) flexibilização do procedimento de despedida.

II. Quanto ao modo de concreção: a) flexibilização decidida: 1 – pelo empregador; 2 – pelo Estado; 3 – flexibilização negociada; 4- flexibilização programada.

III. Quanto ao fundamento: a) flexibilização neoliberal; b) flexibilização liberal; c) flexibilização à crise.

IV. Quanto ao fundamento: a) flexibilização externa; b) flexibilização interna.

No entender de Marly Cardone¹¹⁵, a classificação dos tipos de flexibilização deve ser efetuada com base em suas áreas de incidência:

I. Quanto ao modo de prestar trabalho: através de novas formas de prestação de trabalho, como o teletrabalho, gerado pelo progresso da informática, que não exige a inserção do trabalhador na organização empresarial (com o

¹¹⁴ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. Op. cit., p. 23-78.

¹¹⁵ CARDONE, Marly A. **Introdução ao Tema da Flexibilização no Direito do Trabalho**. LTr: revista legislação do trabalho, São Paulo, ano 54, n. 7 p. 851, jul. 1990.

teletrabalho surge a parasubordinação, que fica na linha intermediária entre o trabalho subordinado e o autônomo).

II. Quanto à mobilidade: a) flexibilização externa, que é a movimentação do trabalhador para dentro ou fora da empresa, indicando a possibilidade de a empresa admitir e despedir livremente o empregado; b) flexibilização interna, representada pelo deslocamento do trabalhador dentro da própria organização empresarial. Significa a possibilidade de movimentar o empregado nas direções vertical (para cima e para baixo) e horizontal, ainda que em seu prejuízo, isto é, alteração “in pejus” do contrato de trabalho quanto às funções exercidas;

III. Quanto ao tempo: c) duração do contrato: as necessidades da empresa, em termos de utilização de mão-de-obra, podem ser transitórias (v.g. o aumento inesperado e transitório do serviço, por maior demanda do mercado, pode exigir uma contratação de trabalho, podem exigir a contratação de substitutos, por tempo determinado; b) duração do trabalho (serviço *part time*): refere-se ao trabalho em um único período, ou em alguns dias da semana; c) fixação de horário, que significa a flexibilidade do horário de trabalho.

IV. Quanto ao salário: possibilidade de diminuir o seu valor, em razão das crises econômicas ou empresariais.

Para Messias Pereira Donato¹¹⁶, há três tipos de flexibilização:

I – Flexibilização quantitativa externa: Quando o trabalho subordinado, embora tenha sua primazia no contrato de trabalho, assume formas que o direito do trabalho não pode ignorar. (v.g. O contrato de trabalho de duração determinada, o fornecimento de mão-de-obra, o teletrabalho).

II – Flexibilização quantitativa interna: diz respeito à duração do trabalho (trabalho a tempo parcial, a parcial, a tempo reduzido, etc.). É considerada como fator de precarização do trabalho, de manipulação pela empresa, em seu prol,

¹¹⁶ DONATO, Messias Pereira. **Formas Atípicas de Trabalho Subordinado**. CARDONE, Marly A. (Coord.). op. cit. P. 62-67.

de mão-de-obra abundante, de discriminação, como no trabalho a tempo parcial, da mão-de-obra feminina. Muitos que dele se utilizam pretendem o aumento da fonte de renda, compatibilizando o trabalho com as responsabilidades pessoais e familiares.

III – Flexibilização funcional: diz respeito à flexibilização profissional. A ênfase é dada às habilidades do trabalhador, exatamente para afastar-se a qualificação profissional estática. À formação acresce-se a reciclagem, com vista ao multiemprego do trabalhador polivalente.

Como se pode observar, não há consenso doutrinário acerca dos tipos de flexibilização, porque a flexibilização existirá sempre que se esteja diante de uma norma ou prática que contenha algum elemento de rigidez.

Abordando-se o tema da flexibilização dentro da ótica brasileira seria de bom tamanho classificá-lo simplesmente em flexibilização da legislação, porque, no Brasil a discussão concentra-se mais em relação à rigidez das normas jurídicas do que quanto à flexibilização da forma de utilização da mão-de-obra.

A flexibilização da legislação de que se fala é a atenuação da rigidez da norma legal e o estímulo da negociação coletiva para as condições de trabalho, em um país diversificado.

Na verdade, a flexibilização da legislação significaria compatibilizar o direito do trabalho às mudanças decorrentes de fatores de ordem econômica, política e tecnológica, promovendo a adaptação laboral a situações emergentes. Nesse sentido, Luiz Carlos Amorim Robortella aponta que a problemática da compatibilização da flexibilidade com o princípio da proteção e da imperatividade das normas laborais, que é a própria razão histórica e filosófica do direito do trabalho, pode ser resolvida através da evolução interpretativa e da ampliação das categorias jurídicas.¹¹⁷

A flexibilização da legislação pode ser feita sem eliminar o seu caráter protecionista, e mediante uma nova ordem de prioridade. Claro que os níveis

¹¹⁷ ROBOTELLA, Luiz Carlos Amorim, op. cit., p. 42.

mínimos de proteção, compostos de regras imperativas e indisponíveis, que hoje constituem direitos humanos, seriam mantidos na legislação.

Realmente, qualquer sistema que não tenha como centro o próprio ser humano não seria legítimo. A flexibilização da legislação, para adequar-se as exigências da vida moderna, que encham de sangue e calor o instrumento verdadeiro de justiça, não significa a desproteção e o abandono do ser humano.

Inspirados no pensamento de Orlando Teixeira da Costa ¹¹⁸, acredita-se que pelo princípio da razoabilidade, a flexibilização tornar-se-ia uma poderosa vertente de hermenêutica jurídico – trabalhista, capaz de promover não somente a construção, como também a restauração de uma sociedade fundada na verdadeira justiça social.

3.5 FLEXIBILIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO E CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Pretende-se neste tópico abordar os princípios insculpidos na Carta Magna em face da flexibilização.

A Constituição Federal é um documento extenso que estabelece uma lista pormenorizada de direitos e obrigações, não só políticas, mas também econômicas, como também sociais, éticas e democráticas. Sabe-se que, sendo os princípios constitucionais hierarquicamente superiores, estes orientam a interpretação e aplicação dos preceitos da legislação infraconstitucional.

A Lei Maior vigente incorporou grande parte da legislação trabalhista, inclusive flexibilizada.

¹¹⁸ COSTA, Orlando Teixeira da. **O Direito do Trabalho na Sociedade Moderna**. LTr: revista legislação do trabalho. São Paulo, ano 56, n. 6. p. 648, jun. 1992.

A flexibilização da duração do trabalho está prevista no art. 7º, XIII e XIV da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre a jornada de trabalho e sobre o turnos de revezamento.

Ressalta-se no cenário trabalhista brasileiro não apenas negociação coletiva, mas, principalmente, o acordo individual, é um mecanismo satisfatório para concretização da flexibilização da jornada de trabalho, visto que atenua a rigidez dos horários, sem prejudicar as condições de trabalho do obreiro.

Além de trazer vantagens ao empregado, enseja ao empregador a oportunidade da distribuição da mão-de-obra, conforme as variações do interesse da produção.

Os procedimentos e horários individualizados tornam o trabalhador mais independente e apto a ajustar com o empregador essa condição de trabalho.

O Contrato de trabalho está flexibilizado no chamado “part time service” (a tempo parcial) adotado hoje na maioria dos países industrializados.

O contrato a tempo parcial foi principalmente adotado em relação ao trabalho de mulheres, idosos e estudantes, muitas vezes impossibilitados de cumprir um contrato de trabalho de jornada integral, o que lhes permite conciliar responsabilidades familiares e profissão.

Saliente-se que o trabalho a tempo parcial pode ampliar a rotatividade da mão-de-obra, enfraquecer a atividade sindical, porem, em contrapartida, valorizar a vontade individual de estabelecer livremente as condições de mútuo interesse nas relações profissionais. Além disso, essa modalidade de contrato tenta evitar a elevação das altas taxas de desemprego no mundo.

Lembre-se, entretanto que menor a jornada, reduzido é o salário, não deixando esta relação de precarizar o trabalho.

Segundo o Professor Cássio de Mesquita Barros Jr.:

A precariedade, embora não seja um atributo da flexibilidade, pode conduzir a precarização, já que na empresa moderna as atividades que não se inserem no âmbito de sua especialização são transferidas a terceiros; são enumeráveis as formas contratuais de cooperação de terceiros que sempre supõem o uso da mão-de-obra alheia, sejam contratistas, subcontratistas, intermediários de serviços autônomos ou o que os exemplos multiplicarem.¹¹⁹

Com a redução da duração individual da jornada de trabalho, aumenta-se a possibilidade de acesso à ocupação, havendo a partilha do emprego entre um maior número de obreiros.

A redução da jornada implica restrição do trabalho extraordinário, restringindo o trabalho de alguns para aumentar a oportunidade de emprego a um maior número de pessoas. É óbvio, porém, que, reduzindo-se o tempo de trabalho, diminui-se o salário na mesma proporção, sendo, lógico melhor assegurar um emprego onde se trabalha menos horas, com menor salário do que enfrentar as consequências da desocupação de desemprego.

No Brasil, no que se refere ao direito positivo, tivemos a Lei nº 4.923/65, que autorizou a redução transitória da jornada normal ou do número de dias de trabalho para atender as necessidades da empresa, em razão de conjuntura econômica. Como se pode ver, já em 1965 o Direito do Trabalho experimenta a tendência da flexibilidade diante dos problemas econômico-sociais.¹²⁰

Em seguida, a Constituição Federal aproximou-se mais da realidade social, visto que no art. 7º inciso XIII, admitiu a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva. Embora, o texto legal não tenha sido convenientemente claro, o cerne do artigo significou que a negociação coletiva é o instrumento ideal para operar-se a redução da jornada de trabalho, como demonstrado anteriormente.

Pode-se mencionar, ainda a Lei nº 8.542/92, para sustentar o significativo avanço do Direito do Trabalho, ao reconhecer a eficácia da negociação

¹¹⁹ BARROS JÚNIOR, Cássio de Mesquita, op. cit., p. 1035.

¹²⁰ COSTA, Orlando Teixeira da, op. cit., p. 670.

coletiva. Esta lei prevê que as convenções e acordos coletivos podem adotar medidas de flexibilização de horários de trabalho e remuneração em situações críticas de desemprego, como se pode ver do disposto no art. 1º, & 1º, *verbis*:

As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo do trabalho.

É incontestável que a duração do trabalho, na prática, vai se distanciando da tradicional rigidez normativa em busca da flexibilidade exigida pelos tempos modernos. As transformações do processo produtivo, responsáveis pela redução da mão-de-obra, consideram a diminuição da jornada necessária à competitividade. Além da classe patronal, também os empregados se interessam pela flexibilização da jornada. Nesse passo, também os sindicatos procuram desenvolver novos sistemas de trabalho através de uma regulamentação mais flexível quanto à jornada de trabalho.

Como se pode ver, através da flexibilização da própria legislação, aqui representada pela redução da jornada de trabalho, demonstrando está que o direito como ciência dinâmica também é sensível às necessidades sociais enfrentadas pelo mundo do trabalho.

A Constituição Federal de 1988 admitiu, ainda, a flexibilização salarial a partir do momento em que previu em seu artigo 7º, VI, a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

Dessa forma, o art. 503 da CLT perdeu eficácia visto que o Diploma Legal excepcionou o princípio da irredutibilidade salarial mediante negociação coletiva, desaparecendo, então, a redução salarial imposta unilateralmente pelo empregador.

Vê-se mais uma vez o exercício da flexibilização ensejando uma interpretação extensiva, para admitir a redução de outras vantagens de menor porte, com ou sem natureza salarial.

O que, de fato, ocorreu em sede do art. 7º, VI, da Constituição Federal de 1988, foi a permissão legal para operar-se alterações *in pejus*, subtraindo do art. 468, da CLT, seu caráter de norma de ordem pública absoluta, devido à relatividade imposta pelo acordo ou convenção coletiva.

Na linha de entendimento de Arnaldo Sussekund¹²¹, vê-se que acerca da irredutibilidade do valor real dos salários, cumpre à Lei aprovar diretrizes que o preservem, impossibilitando que se invoque o princípio como fonte geradora do direito subjetivo à conservação do salário real, o que seria tecnicamente impossível.

O fato é que a redução salarial feita de forma habilidosa pode até representar uma vantagem ao trabalhador, principalmente, nas hipóteses de crises empresariais, para a preservação do emprego.

Do exposto, pode-se concluir que o Direito do Trabalho, no Brasil, conta com verdadeiros expedientes hábeis à flexibilização, realizável sem intervenção de órgãos estatais, mas sim pela atuação dos parceiros sociais.

A relação de trabalho contrasta com a noção tradicional de emprego, em torno da qual se construiu o Direito do Trabalho. Isso vem representar um dos aspectos da flexibilização na produção de bens e serviços, espelhando a verdade de que a proteção dos trabalhadores não ocorre simplesmente pela proteção dos direitos decorrentes da relação emprego, mas pela proteção do seu Direito ao Trabalho.

Os contratos por prazo determinado constituem uma forma de trabalho.

Para o direito positivo brasileiro, a regra geral é a celebração do contrato de trabalho de tempo indeterminado. O § 2º, do art. 443, CLT, impõe validade ao contrato de trabalho por tempo determinado, caracterizado pela

¹²¹ SÜSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, José de Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, v. 1.

transitoriedade tanto da prestação laboral como das necessidades empresariais. Admite-se como exceção a fixação do prazo do contrato de trabalho, inserindo-se no rol dos contratos relativos a eventos de previsão aproximada (§ 1º art. 443, CLT), como contrato de safra, de temporada, de guias de turismo, etc.

No ordenamento jurídico brasileiro dispõem sobre a matéria, o Decreto nº 31.546/52, arts. 429 e seguintes da CLT, a Lei nº 2.959/56 sobre o contrato de obra certa, a Lei nº 5.889/73, art. 14, sobre o contrato de safra.

Destaca-se que o contrato de trabalho por prazo determinado caracteriza-se pela transitoriedade das necessidades empresarias e prazos máximos de duração. Sendo transitória a utilidade dos serviços prestados, configura-se a hipótese do contrato por prazo determinado, porém, se a necessidade dos serviços for continuada, concebida como utilidade permanente, o contrato celebrado há de ser por prazo indeterminado.

Observa-se que a tendência flexibilizatório do contrato por prazo determinado é vista na Suécia, onde o prazo máximo de sua duração é de seis meses; na Grã-Bretanha verifica-se a modalidade com prazo máximo de dois anos; na França, a Lei de 1990 fez a duração do contrato por prazo determinado em uma escala que vai de seis meses, nove meses, até vinte e quatro meses para o trabalho sazonal; na Espanha, há dez modalidade de contrato por prazo determinado com duração máxima de três anos, segundo autorizado em lei; na Argentina, a Lei de 1991 estabelece alguns tipo diferentes de contratos por prazo determinado, como o de aprendiz; no Uruguai, há três modalidade de contratação; no Chile, há quatro, todas elas sujeitas a limite máxima e fiscalização do Governo e sindicatos.¹²²

Já a relação de trabalho representada pelo contrato temporário de prestação de trabalho por certo período constitui um modelo que se opõe ao padrão tradicional de emprego.

¹²² PASTORE, José. **A Agonia do Emprego: Investimento de Menos e Regulamentos de Mais**. LTr: revista legislação do trabalho. São Paulo. Ano 60. n. 1, p. 22, jan, 1996.

Instituído pela Lei nº 6019/74, representa a possibilidade da contratação triangular, cujos vértices são representados pelo trabalhador e por duas empresas, a saber: a tomadora de serviços e a empresa de trabalho temporário, que reúne e oferece pessoal especializado, por tempo determinado, a empresas que dela necessitam.

José Luiz Ferreira Prunes¹²³ observa que, existindo no contrato de trabalho temporário três partes intervenientes, reveste-se ele de características peculiares tais como:

a) a natureza civil do contrato ajustado entre a empresa cliente e a fornecedora de mão-de-obra,

b) a natureza trabalhista do contrato estabelecido entre a empresa fornecedora de mão-de-obra e a pessoa que trabalha,

c) a natureza mista da relação entre o trabalhador e a empresa cliente, pois que a relação estabelecida não é de emprego, mas tem todas as características desta.

Para melhor definir a figura, cita-se o art. 2º da Lei nº 6019/74, que assim conceitua:

Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.

Desta definição apreende-se que o trabalho temporário só é admitido para suprir as necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços, para não perder sua característica de trabalho não-permanente e eventual.

Sob o aspecto social, as pessoas que firmam contrato de trabalho com a empresa fornecedora de mão-de-obra só mantém o trabalho na medida das

¹²³ PRUNES, José Luiz Ferreira. **Terceirização do Trabalho**. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, p. 18, 1995.

necessidades das empresas clientes, conferindo-lhe nítido caráter de instabilidade na relação de trabalho.

Aníbal Fernandes¹²⁴ assinala que:

No Brasil, o trabalho temporário, operado nos limites da Lei 6019/74, tem sido concretizado ora conforme, e também com freqüência indesejável contra a Lei. Por isso, nesta conjuntura de crise, cumpre sanear o setor e conseguir que a Lei nº 6019 seja aplicada conforme sua finalidade social, e não como álibi para algumas empresas locadoras e clientes utilizarem a norma para fraudar direitos.

Ressalte, ainda, que o autor propôs mudança na Lei nº 6019/74, para que a utilização do trabalho temporário pelas empresas urbanas dependa de negociação coletiva no âmbito de representação de categoria profissional específica.

Sabe-se que a globalização da economia atinge o sistema organizacional das empresas, instituindo a concorrência internacional que impele a diminuição de custos e o estímulo à terceirização, que passa a figurar no contexto empresarial moderno cada vez mais com maior freqüência. Tratando-se de fenômeno de natureza econômica, sua utilização decorre dos propósitos de aperfeiçoamento do processo de produção econômica para diminuição dos custos operacionais e para tornar a empresa competitiva.¹²⁵

Nas palavras do jurista Octavio Bueno Magano¹²⁶, terceirizar vem de terceiro, ou medianeiro, o que se coloca após o segundo. Para este autor, o verbo é usado hodiernamente, significando a entrega a terceiros de atividades não essenciais à empresa.

Para Amauri Mascaro Nascimento¹²⁷, o termo “terceirização” pertence mais à linguagem da administração empresarial e seu equivalente seria contrato de fornecimento ou subcontratação.

¹²⁴ FERNANDES, Aníbal. **Desemprego e Trabalho Temporário**. Jornal Trabalhista, v. 468, n. 10, ago. 1993.

¹²⁵ PRUNES, José Luiz Ferreira, op. cit., p. 27.

¹²⁶ MAGANO, Octavio Bueno. **A Terceirização**. LTr. Revista legislação do trabalho, São Paulo, ano 56, n. 3, mar. 1992.

¹²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Subcontratação ou Terceirização**. Revista de Direito do Trabalho, v. 83, n. 20, set. 1993.

Luiz Carlos Amorim Robortella enfatiza que:

[...] a palavra terceirização incrustou-se definitivamente ao processo econômico, indicando a existência de um terceiro que, com competência, especializada e qualidade, em condição de parceria, presta serviços ou produz bens para a empresa contratante.¹²⁸

Observa João de Lima Teixeira Filho¹²⁹ que através da horizontalização, dá-se a desconcentração industrial, pelo descarte de atividades acessórias da empresa que assim se concentrará em seu negócio principal. A terceirização transfere tarefas a terceiros, as quais antes eram realizadas pelos empregados. Ao mesmo tempo em que se abre espaço para o surgimento de empresas especializadas de prestação de mão-de-obra, com aprimorada técnica produtiva, a empresa, assim reorganizada, tem condições de produzir melhor, com maior produtividade e redução de custos operacionais.

Sob o ponto de vista empresarial, a terceirização apresenta inúmeras vantagens, permitindo que a empresa concentre-se em sua atividade-fim, simplifique sua estrutura e reduza seu quadro de empregados, com conseqüente diminuição dos encargos trabalhistas, aumentando a lucratividade.

Sob o ângulo jurídico-trabalhista, a terceirização é uma das formas de flexibilização das regras tradicionais que a realidade está impondo ao direito. Em outras palavras, o modelo tradicional de trabalho, de empregado estável, dependente e por conta alheia, está sendo colocado em xeque pelo surgimento de circunstâncias que não se amoldam ao Direito do Trabalho clássico, mas, sim, caminham no sentido de sua transformação.

Preocupado com fraudes retratadas em muitas reclamações trabalhistas, o Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado n. 256, *verbis*:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6,011, de 3 de janeiro de 1974 e 7,102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

¹²⁸ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Op. cit., p. 208.

¹²⁹ TEIXEIRA FILHO, João de Lima; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, José de Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Op. cit., p. 274.

Este enunciado criou a presunção de ilegalidade da intermediação na terceirização, presumindo o vínculo de emprego entre o empregado da prestadora de serviço com a tomadora, sem examinar as condições em que ocorre a prestação de serviço terceirizada.

Segundo Octavio Bueno Magano¹³⁰, o Enunciado n. 256 do TST revogou partes essenciais do Código Civil, referentes à empreitada e ao contrato de locação de serviços.

Para Arnaldo Sussekind e Délio Maranhão¹³¹, o Enunciado confundiu merchandage com prestação de serviços entre as empresas, campo de atividade humana mais dinâmica em todas as economias do mundo. Outros respeitáveis autores também se opuseram ao citado enunciado.

Desse modo, o Enunciado n. 256 parece ter confundido empresa prestadora de serviços legalmente constituída com locadora de mão-de-obra, em que há intermediação operada por empresas cujo objetivo é burlar a lei, mascarando a relação de emprego.

O Enunciado n. 331 do TST alterou o Enunciado n. 256 acerca da ilegalidade da intermediação da mão-de-obra sobre a presunção do vínculo empregatício com a tomadora de serviços. Dispõe que os serviços inerentes à atividade-meio do tomador, bem como os serviços de vigilância e limpeza não constituem fraude se inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. Determinou também a responsabilidade subsidiária do tomador pela obrigações trabalhista no caso de inadimplência da empresa prestadora de serviços.

Diante do texto do Enunciado n. 331, cabe dizer que a escolha da parceria em casos de terceirização de mão-de-obra tem que ser feita com extrema cautela, não bastando entregar a um terceiro uma atividade que aparentemente ele possa cumprir, pois que o item IV do Enunciado n. 331 impõe a responsabilidade

¹³⁰ MAGANO, Octavio Bueno. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho: Estudos em Homenagem ao Prof. Amauri Mascaro Nascimento**. São Paulo: Saraiva, p. 177, 1990.

¹³¹ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio. **Pareceres de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 1976-1981.

subsidiária à tomadora de serviços, com fundamento na culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

A culpa *in eligendo* da empresa contratante é o fundamento do Enunciado n. 331 do C. TST. À empresa tomadora dos serviços cabe selecionar, criteriosamente, aquela que irá prestar os serviços, fazendo-se necessário o conhecimento da estrutura da empresa prestadora, de sua idoneidade econômico-financeira sob pena de a tomadora responder por sua má escolha.

Ademais, é indispensável também a constante vigilância dos serviços e obrigações da empresa prestadora, sob pena de incidir na culpa *in vigilando*.

Em suma, a culpa *in eligendo* verifica-se quando a tomadora contrata prestadora sem idoneidade que possa garantir a satisfação dos créditos de seus empregados. E, a culpa *in vigilando* consiste no não cumprimento, pela tomadora, do direito dever de fiscalização que lhe é conferido para que possa zelar pela qualidade dos serviços contratados. Desse modo, é de grande relevância que a tomadora dos serviços certifique-se da idoneidade da empresa terceirizada, pois basta o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora dos serviços pra emergir a responsabilidade.

De outro lado, há aqueles radicalmente contrários à responsabilização da tomadora dos serviços, sendo que para estes, o inadimplemento das obrigações laborais por parte da prestadora implica flagrante violação da lei e do contrato de trabalho, não sendo justo que numa contratação envolvendo duas pessoas jurídicas, uma delas pratique infração contratual e locupletamento ilícito, e a outra seja responsabilizada a pagar pela responsabilidade da infratora.

A terceirização feita de forma correta é salutar alternativa nos dias atuais, entretanto, deve-se escolher bem os contratados, seja quanto à experiência, idoneidade e segurança, pois é, de regra, a responsabilização do tomador de serviços diante do trabalho efetivado pelo obreiro, independentemente de tratar-se de atividade-meio ou atividade-fim.

4. A EXPERIÊNCIA FLEXIBILIZADORA NOS ESTADOS UNIDOS

Uma experiência que pode ser considerada como exemplo de flexibilização são os ESOPs (*Employee stock ownership plans*¹³² - Planos de participação dos empregados no capital de empresa), que permitem e incentivam a participação dos trabalhadores na gestão das empresas. Uma lei de 1974 concedeu incentivos fiscais às empresas que decidissem abrir seus capitais a participação dos trabalhadores, de tal forma que, em 1984, cerca de 7000 empresas, empregando cerca de 10% de toda a força de trabalho do país, tinham a participação acionária e de gestão de seus empregados. Portanto, os ESOPs contribuíram significativamente para a preservação ou criação de empregos nos Estados Unidos.

Em alguns setores, como automobilístico, eletro-eletrônico, comunicações, transporte aéreo, os sindicatos passaram a concordar com a contratação de novos trabalhadores por salários mais baixos que os dos trabalhadores demitidos nas empresas em dificuldades, e a aceitar que uma parte da remuneração fosse feita na forma de bônus, muitas vezes pagos com ações da empresa. O sistema americano tem evoluído para a parceria e a cooperação¹³³.

A doutrina do *Employment at will*, que confere ao empregador a liberdade de fixar os termos e as condições do contrato de trabalho, encontra limites na negociação coletiva, ou então na política adotada por algumas empresas de aproximação simpática entre os parceiros sociais. Outras empresas decidem acatar

¹³² PASTORE, José. *Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Concentração Coletiva*. São Paulo: ed. LTr, p.37, 1994.

¹³³ *Idem. Ibidem.*

regras semelhantes às normas estabelecidas pelas convenções coletivas para evitarem a sindicalização.

O poder discricionário do empregador, decorrente da ausência da regulamentação legal, é limitado pela autonomia coletiva, através da qual são estabelecidas regras relativas à gestão do pessoal, organização do trabalho e despedida.

No que diz respeito à gestão do pessoal, a própria negociação coletiva impõe regras rígidas em relação ao recrutamento, promoção e afastamento por falta grave.

Quanto à organização do trabalho, explica o professor *Cássio de Mesquita Barros Junior*, os acordos coletivos procuram atenuar as *restrições* neles mesmos contidas sobre a possibilidade de remoção de trabalhadores por motivo de criação de novas unidades de produção, e a *indexação* de salários aos aumentos do custo de vida e do incremento da produtividade.¹³⁴

Em relação à despedida, o princípio predominante da despedida potestativa tem sido, a partir dos anos 60, limitado em muitos acordos coletivos. Empresas sem acordos coletivos limitam voluntariamente a faculdade de despedir, utilizando-se, em grande parte, dos critérios estabelecidos na Convenção nº 158, da OIT.¹³⁵

O histórico das relações trabalhistas nos Estados Unidos revela que a regulamentação legal se deu apenas em relação à atividade sindical, procurando o Estado garantir o funcionamento das organizações sindicais como forma de conter o desenfreado poder dos empregadores, baseado nas concepções liberais. Dessa forma, garante-se a prática da negociação coletiva como forma de compensar a hipossuficiência individual do trabalhador.¹³⁶

¹³⁴ *Idem. Ibidem.*

¹³⁵ *Ibid.*, p. 47.

¹³⁶ PASTORE, José, op. cit., p. 44.

A Lei Wagner – Lei Nacional de Relações de trabalho, de 1935 - constitui um marco histórico na trajetória dessas relações, sendo considerada por *Octavio Bueno Magano*¹³⁷ como “verdadeira Carta Magna do trabalhismo americano”, ao estabelecer normas de proteção ao direito do trabalhadores de se organizarem de negociarem coletivamente, de usarem os meios adequados para o sucesso das negociações, disciplinando as práticas desleais de empregadores, como tais consideradas a recusa de negociar, a interferência do direito de organização, o induzimento à não-filiação sindical, etc.

Como destaca o professor americano *Benjamin M. Shieber*, essa lei foi emendada em 1947 e 1959, objetivando melhorar a situação dos empregadores, mas seus princípios básicos não foram alterados, mantendo-se o reconhecimento da “desigualdade do poder de barganha entre empregados que não possuem plena liberdade de associação ou verdadeira liberdade de contratação, e empregadores”, e declarando-se expressamente que, para superar essa desigualdade, a política dos EUA é eliminar as causas de obstruções ao comércio “através do estímulo à prática e ao procedimento de negociação coletiva e através da proteção do exercício, por trabalhadores, da plena liberdade de associação, auto-organização e designação de representantes de sua própria escolha para negociar as condições de seu emprego e para proteção mútua”.¹³⁸

No entanto, não se pode ignorar a advertência de *Stanley Arthur Gacek*, que tenta desmistificar o conceito corrente sobre a plena liberdade e autonomia sindical norte-americana e a reduzida regulamentação legal:

A realidade jurídica americana limita gravemente a soberania de sindicatos e trabalhadores por meio do processo de reconhecimento, restrições à greve, aos piquetes e atividades de boicote, restrições legais aos assuntos negociáveis, obrigações fiduciárias públicas e definições jurídicas da unidade de negociação. Embora na superfície possa parecer *laissez-faire* e voluntarista, a legislação trabalhista americana na verdade é recheada de intervenções governamentais que fortalecem o capital e lesam o trabalho.¹³⁹

¹³⁷ MAGANO, Octavio Bueno, op. cit p. 78.

¹³⁸ SHIEBER, Benjamin M. **Iniciação ao Direito Trabalhista Norte-Americano**. São Paulo: ed. LTr, p. 23, 1988.

¹³⁹ GACEK, Stanley Arthur. **Sistemas de Relações de Trabalho: Exame dos Modelos Brasil-Estados Unidos**. Trad. Sieni Maria Campos. São Paulo: ed. LTr, p.44, 1994.

4.1 EM ALGUNS PAÍSES DA EUROPA

Nos anos 70, alguns governos europeus passaram a utilizar políticas restritivas de contenção do custo do trabalho, diminuindo a mão-de-obra programada e aumentando as dispensas, o que, no entanto, mostrou-se ineficaz.

O próximo passo foi à fase dos acordos macro-sociais, de feição neocorporativa, com o intuito de aumentar os postos de trabalho, com uma mudança na postura dos sindicatos, que passaram a aceitar a flexibilização dos salários e a mobilidade funcional, vistos como meios hábeis de geração de emprego.¹⁴⁰

Nos anos 80 ocorreram quatro transformações importantes nos mercados de trabalho, a saber: redução substancial da mão-de-obra industrial e crescimento do setor de serviços, responsável por 70% do emprego em 1993; integração crescente dos mercados europeus à economia mundial, consumidora de 50% da produção; desregulamentação da economia, incluindo o mercado de trabalho, para superar a recessão; tendência acelerada à fusão das empresas, visando a aumentar suas vantagens e a um melhor posicionamento no então Mercado Comum Europeu.¹⁴¹

Houve poucas mudanças referentes à desregulamentação dos mercados de trabalho na Suíça e na Áustria por esses países considerarem os ajustes como prerrogativas dos empresários. Já na Alemanha são habituais a prática de ajustes no âmbito da empresa, com a participação dos trabalhadores através das comissões de fábrica.¹⁴²

Na Inglaterra, além da redução dos contratos envolvendo mais de uma empresa, começaram a surgir, em meados dos anos 80, exemplos de contratação no estabelecimento, departamento, divisão. O governo de Margareth Thatcher empenhou-se em reduzir o poder, considerado exagerado, dos sindicatos. Assim, a empresa passou a receber a atenção dos trabalhadores. Medidas flexibilizadoras foram praticadas, como redução da jornada com redução do salário,

¹⁴⁰ BARROS JÚNIOR, Cássio de Mesquita, op. cit., p. 58.

¹⁴¹ PASTORE, José. Op. cit., p. 20.

¹⁴² *Ibid.*, p. 21.

aumento do trabalho autônomo e da subcontratação, em decorrência das pressões recebidas pelas empresas para reestruturarem seus sistemas de contratação, remuneração e despedida.¹⁴³

Áustria, Suécia, Noruega e Dinamarca são países onde os trabalhadores aceitam reduções salariais em prol do aumento do emprego e das prestações salariais.¹⁴⁴

Na França, cujo sistema de relações do trabalho sempre dependeu da legislação, o Estado vem criando condições de flexibilização através das normas estatais e dos contratos coletivos. Existe uma tendência de ajustar a jornada às necessidades do emprego ¹⁴⁵, e as negociações acontecem na empresa ou por ramo de atividade ou setor, com aumento na qualidade do diálogo social através de discussões a respeito da situação econômica entre os parceiros sociais.¹⁴⁶

O contrato de trabalho de duração limitada encontra restrições na França; a lei fixara causas e situações que permitiam a celebração desse contrato apenas como exceções. O princípio é o contrato por prazo indeterminado, mas a aplicação do contrato por prazo determinado ampliou-se muito.

Existem limites à flexibilidade, provindos dos parceiros sociais, dos sindicatos e do Estado. O debate sobre ela não é tão vigoroso como antes, o patronato não está mais pressionando tanto para que haja desregulamentação das relações de trabalho. As negociações coletivas estão limitadas. O pluralismo sindical, na França, é muito forte, com oposição de alguns sindicatos a concessões, mas há sindicatos favoráveis à negociação coletiva. No entanto, as entidades sindicais estão enfraquecidas, com poucos associados, calcula-se que apenas 10% dos trabalhadores são filiados a sindicatos.

Na Alemanha, Áustria, Suíça, Dinamarca e Noruega as relações entre empresas e sindicatos não são vistas como uma luta de classes, mas sob uma

¹⁴³ *Ibid.*, p. 23-24.

¹⁴⁴ ROBOTELLA, Luiz Carlos Amorim. Op. cit., p. 79.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 24.

¹⁴⁶ ROBOTELLA, Luiz Carlos Amorim. Op. cit., p. 80.

ótica de cooperação, o que resulta em baixa incidência de greves, comparando com outros países, como Inglaterra e Itália, onde o nível de parceria social ainda é baixo. Cabe aos sindicatos promover a negociação coletiva.¹⁴⁷

Na Espanha, o nível elevado de desempregados fez os governos multiplicarem os dispositivos que favorecessem o emprego da mão-de-obra mais atingida pelo desemprego. Criaram-se doze tipos de contratos, eliminaram-se restrições ao contrato por prazo determinado, deram-se subvenções e isenções aos empregadores para incentivar o emprego de jovens. O resultado foi o surgimento de contratos temporários seguidos de um desequilíbrio massivo no mercado do trabalho.¹⁴⁸

A flexibilização provocou, na Europa, a diversificação dos sistemas de relações de trabalho, adaptando-se a cada setor econômico ou ao tamanho da empresa, individualização dos contratos de trabalho, caráter de ambivalência conferido pela norma imperativa protetora à negociação coletiva, privilegiando a autonomia sindical.¹⁴⁹

Há duas hipóteses de flexibilidade no trabalho a tempo parcial na lei italiana: o *part-time* vertical, que corresponde a um trabalho a tempo pleno desenvolvido geralmente em dias alternados, e o horizontal, que é a redução do trabalho na mesma jornada.

Na Suécia, uma modalidade de trabalho muito difundida é o *teletrabalho*, conhecida por esta denominação em outras partes do mundo e em toda a Europa, com exceção da Alemanha, onde é conhecida como *trabalho à distância*.

Entre as vantagens do teletrabalho, pode-se destacar o término dos longos trajetos da residência até a empresa, e da empresa à residência, o que consome um tempo que pode ser melhor aproveitado pelo trabalhador.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 85-86.

¹⁴⁸ BARROS JÚNIOR, Cássio de Mesquita, op. cit., p. 48.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 44.

Muitas empresas adotam essa forma de trabalho como uma solução de emergência, como o fez a filial sueca da Siemens Nixdorf por ocasião da transferência de seus escritórios para periferia de Estocolmo. Para evitar demissões de seus empregados competentes por causa dos longos e cansativos trajetos, a empresa implantou o teletrabalho, que funciona há três anos e é atualmente o maior projeto de teletrabalho da Suécia. Muitas outras empresas aderiram ao teletrabalho, empresas de prestação de serviços como a locadora de automóveis Hertz, a companhia aérea escandinava SAS e a companhia ferroviária estatal SJ, que aceitam reservas feitas no norte da Suécia.

O trabalho fora das estruturas organizacionais clássicas se estabeleceu rapidamente, o país reconheceu cedo que tecnologia de informação é o mercado decisivo do futuro, investindo grandes somas na educação e na pesquisa. Lá praticamente não existe escola sem aulas de Internet para crianças e universidade sem computadores de primeira qualidade ou sem conexão com um centro de informática.¹⁵⁰

As empresas suecas desde cedo começaram a se despojar das estruturas hierárquicas e a incentivar o trabalho em equipe.¹⁵¹

No início dos anos 30, houve uma rápida modernização nas empresas suecas através de negociações consensuais entre empregados e empregadores.¹⁵²

São comuns as videoconferências, que economizam tempo nos deslocamentos de funcionários.

Peritos alertam para os problemas do teletrabalho, como funcionários perderem a disciplina devido aos horários indefinidos e o perigo de alguns se tornarem *workholics* fanáticos. Pesquisas realizadas entre 400 mil teletrabalhadores revelaram o desejo e a necessidade de horários definidos.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 294.

¹⁵¹ *Ibid.*, p.296.

¹⁵² *Idem. Ibidem.*

Apesar da flexibilidade e praticidade de teletrabalho, os peritos consideram que é melhor separar fisicamente a casa do lugar do trabalho. Por esse motivo, foi criado o “Telestugor”, que é um escritório que pode ser alugado com ou sem equipamento. Assim, um grande número de funcionários trabalha nesses escritórios no horário que escolher, sem se locomover até a empresa, com a vantagem de se desligar do trabalho após o expediente e de separar a vida profissional da vida particular.¹⁵³

Na França, a lei *Aubry*, de 13 de junho de 1998, reduziu a jornada de trabalho para 35 horas semanais, com o objetivo de criar novos empregos.

A *Lei Aubry* foi aplicada em 1º de janeiro de 2000 para as empresas com mais de 20 assalariados e, 1º de janeiro de 2002, para as empresas com menos de 20 assalariados. Estabeleceu essas duas datas com o objetivo de oferecer às empresas pequenas mais um prazo para repensarem sua organização do trabalho, na medida em que teve que enfrentar problemas específicos de demissões em razão de seu porte.

Uma segunda lei foi votada no início de 2000 para fixar as modalidades concretas da passagem para as 35 horas, como a organização e a modulação do tempo de trabalho, o regime das horas suplementares, a desregulamentação do tempo parcial e o dispositivo específico par ao quadro de pessoal, levando-se em conta experiências já tentadas, negociações anteriores e o contexto econômico do momento.¹⁵⁴

O Estado ofereceu ajuda financeira às empresas que reduziram a jornada semanal antes do prazo de entrada em vigor da Lei *Aubry*, através de acordo *por empresa ou estabelecimento*, para as empresas com mais de 50 empregados, ou ainda acordo *por categoria*, para as empresas com menos de 50 empregados. Existem, na França, 1.090.515 empresas com menos de 20 empregados, e 78.593 com mais de 20 empregados, as quais, somadas às que não

¹⁵³ *Idem. Ibidem.*

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 31.

possuem empregados (1.668.141), perfazem o total de 2.837.249 empresas (Fonte: INSEE).¹⁵⁵

Em 1982, a duração da jornada passou a ser de 39 horas semanais, baixando a média anual de horas trabalhadas de 1.710 para 1.610 horas, e as férias passaram a ser de cinco semanas.¹⁵⁶

As horas de trabalho despendidas em toda a vida profissional, contada dos 15 aos 70 anos, correspondem a 49.507 na França, 51.642 na Alemanha, 56.918 no Reino Unido, 61.343 nos Estados Unidos e 71 123 no Japão.¹⁵⁷

Em 1996, uma outra lei, a Lei de Robien, permitiu que as empresas reduzissem livremente o tempo do trabalho, 10% no mínimo, para manter e criar novos empregos, através de acordos entre empresas e organizações sindicais, em troca de reduções nos encargos sociais sobre os salários na ordem de 40%, no primeiro ano, e 30% nos seis anos seguintes. A Lei Robien incentivou a celebração de 1.440 acordos que atingiram 154 mil assalariados e permitiu criar 20 mil empregos e salvar 15 mil em 1997. Os acordos celebrados envolveram, em 50% dos casos, pequenas e médias empresas e geralmente têm mantido os salários.¹⁵⁸

Há na França cerca de 3,1 milhões de desempregados. Estudos indicam que, se a duração da jornada tivesse permanecido a mesma desde o fim do Século XIX, haveria hoje 14 milhões de desempregados. A reivindicação de mais tempo livre, além de ensejar a criação de empregos, também significa uma reivindicação de melhor qualidade de vida, de recusa da alienação do trabalho, de “direito à preguiça”, como escrevera em um panfleto Paul Laffargue, genro de Karl Marx.¹⁵⁹

Costuma-se atribuir a culpa do desemprego de 27 milhões de europeus à globalização, à modernização, à competição, à migração. No entanto,

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 33.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 9.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 10.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 16.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 14.

nos Estados Unidos, país mais atingido pelos fenômenos acima nomeados que a Europa, a taxa de desemprego é de apenas 4,2%.¹⁶⁰

Na opinião de *Joelmir Beting*¹⁶¹, a diferença está na propensão ao consumo do “the american way of life” e na flexibilização dos diplomas trabalhistas. A Holanda, no coração da União Européia, que o diga. Em 1995, o governo e os sindicatos aprovaram o regime do contrato temporário de trabalho. Em três anos, o desemprego despencou de 10,2% para exatos 4%.

Espera-se que o futuro Pacto Europeu do Emprego adote medidas ousadas na legislação trabalhista.

4.3 NA AMÉRICA LATINA

O processo de abertura e liberalização dos mercados iniciado ainda no anos 80 sob inspiração dos organismos financeiros internacionais, ao lado de processos de integração econômica e comercial de caráter multilateral, favoreceram a busca da harmonização das políticas para o mercado de trabalho. No entanto, na maioria dos casos, foram políticas voltadas à flexibilização de um mercado de trabalho já bastante fragilizado e heterogêneo ou uma simples harmonização por baixo, ou seja, tomando-se como parâmetros os países de menores salários, produtividade, participação sindical, etc.¹⁶²

O problema dos países latino-americanos, segundo estudos da OIT, não está no custo do trabalho e sim nos baixo índices de produtividade; a importância do custo do trabalho é menor na competitividade do que alegam empresários e governo, pois o mercado de trabalho permanece com alta rotatividade de mão-de-obra, postos de trabalho pouco produtivos, baixos salários e trabalhadores pouco qualificados.¹⁶³

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 117.

¹⁶¹ BETING, Joelmir. **Na Prática a Teoria e Outra: Os Fatos e as Versões da Economia**. São Paulo: Impres, p.74, 1983.

¹⁶² POCHMANN, Márcio, op. cit., p. 27.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 29-30.

É imperioso admitir que a flexibilidade, no sentido de eliminação ou atenuação da proteção legal ao trabalhador, com vistas a aumentar o nível de emprego, fomentar o investimento e a competitividade das empresas, é de difícil assimilação no contexto latino-americano.

Na América Latina, o princípio de proteção direciona as opiniões doutrinárias o que é justificável devido às desigualdades que marcam as relações laborais nos países, na sua maioria pobres e em desenvolvimento. Se o Direito do Trabalho foi criado para diminuir as desigualdades entre os hipossuficientes e empregadores, econômica e até politicamente em posição mais vantajosa, é natural que predomine por normas estatais regulando o trabalho assalariado.¹⁶⁴

Os salários são, via de regra, baixos, o estágio em que se encontra a negociação coletiva é incipiente, as políticas governamentais têm sido recessivas, aumentando o desemprego, fatores que justificam o assustador crescimento da economia informal, em total descumprimento da legislação trabalhista. Nesse contexto, a idéia de flexibilização é recebida com reservas.

Mesmo assim, houve experiências flexibilizadoras na América Latina; como estas:

- Processo de gradativa desregulamentação da proteção ao trabalho no Chile, a partir de 1973;

- Reforma legislativa no Panamá, em 1986, isentando pequenas empresas de encargos trabalhistas, reduziu o adicional de hora extra, e excluiu o trabalho a domicilio da proteção trabalhista.

- Redução do adicional de hora extra na Colômbia, em 1990, e conceito mais restritivo de remuneração.

- Desregulação em matéria de disciplina do trabalho, e regulação restritiva de direitos, no Equador.

¹⁶⁴ ROBOTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno...**, op. cit., p. 125.

- Redução de direitos através de decretos legislativos no Peru, a partir de 1991.

- Flexibilização legal de normas de contratação e jornada de trabalho na Argentina, a partir de 1992.¹⁶⁵

É comum na indústria da construção civil, em várias cidades latino-americanas, a prática da subcontratação, pois as empresas não mantêm uma mão-de-obra permanente e estável devido aos elevados custos sociais. Há casos de empresas instaladas em favelas e que, quando a demanda é superior à sua capacidade de instalação, contratam trabalhadores informais a domicílio que produzem por peça, com remuneração inferior ao salário-mínimo. Esse tipo de expediente é encontrado em diversos setores, como indústria de roupas, de calçados e de aparelhos elétricos.¹⁶⁶

Na América Latina, a economia informal, ao contrário das previsões, aumentou com a industrialização. Muitos países praticaram desregulamentações semelhantes às da Europa, mas que não traduzem as necessidades dos trabalhadores assalariados; acatam-se as soluções mesmo na hipótese de os problemas não serem os mesmos.¹⁶⁷

Muitas empresas adotam soluções híbridas, observando um mínimo de legislação para evitar as sanções governamentais ou denúncias públicas, e adotando alternativas flexíveis, como subcontratação de trabalhadores assalariados que prestam serviço para as empresas modernas, mas que não são formalmente contratados por elas. As ZPE (Zonas Especiais de Produção) são consideradas estímulos para a economia de exportação. Muito afastadas geograficamente dos sindicatos, a elas não se aplica a legislação trabalhista nem a tributária.¹⁶⁸

Um fator comum à Europa e à América Latina é a crise econômica. No entanto, as condições de trabalho são diferentes. Na Europa, a faculdade de

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 124.

¹⁶⁶ BARROS JÚNIOR, Cássio de Mesquita. **Flexibilização...**, op. cit., p. 50.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 51.

¹⁶⁸ *Idem. Ibidem.*

despedir sem justa causa é limitada pela legislação, ficando muito onerosa para as empresas que são obrigadas a despendar importâncias iguais ou superiores a 7.500 dólares. A jornada semanal é inferior a 40 horas, na Europa, enquanto que na América latina é quase sempre superior a 44 horas. Os salários na América Latina são mais baixos que os da Europa. A redução dos salários, na Europa, não tem conseqüências tão graves como na América Latina, pois nesta pode significar para o trabalhador até mesmo não conseguir alimentar-se, passar fome.¹⁶⁹

Apesar dessas experiências, não houve ainda grande desenvolvimento da flexibilização na América Latina, como na Europa. Em quase todos os países da América Latina as negociações coletivas acontecem no âmbito da empresa, sendo que a solução dos conflitos extrajudicialmente é uma tendência predominante. No Uruguai, a partir de 1985 ressurgiu a prática da negociação coletiva no setor privado. Firmam-se acordos coletivos, considerados como instrumentos privados, por setor e região. O Estado quase não participa da negociação coletiva. Existem poucas normas que se limitam a regular questões específicas, pois a negociação coletiva não é obrigatória.¹⁷⁰

Na Argentina, ocorre a negociação coletiva por setor e busca-se resolver os conflitos através da conciliação. A arbitragem é obrigatória. Comissões paritárias têm a função de sanar as dúvidas a respeito da interpretação dos contratos.¹⁷¹

No México, todo empregador deve afirmar um contrato coletivo com o sindicato de sua empresa, exigência da Lei Federal do Trabalho de 1970, estabelecendo salários e outros benefícios, cujo valor deve estar acima dos mínimos fixados pelo governo. O contrato deve apresentar dispositivos para a solução dos conflitos, a duração do contrato e uma cláusula sobre segurança no emprego, tendo validade se oferecer mais ou igual vantagem que o contrato anterior.¹⁷²

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 52-53.

¹⁷⁰ PASTORE, José. op. cit., p. 173.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 182.

¹⁷² *Ibid.*, p. 173-174.

Fica o alerta de que a aplicação de medidas flexibilizantes, na América Latina, deve ter o objetivo de amenizar as dificuldades de ordem social e econômica, para que a norma jurídica possa ser eficaz e justa. Transplantar, simplesmente, sem as devidas adaptações, as soluções européias para América Latina, acarretará uma flexibilização às avessas, agravando os problemas sociais e políticos.¹⁷³

Muitos países da América Latina têm seus problemas sociais agravados pela crise econômica, não se beneficiando da integração financeira mundial. Inovações técnicas estão eliminando empregos, exigindo novas qualificações técnicas dos trabalhadores e invalidando estruturas de organização¹⁷⁴. Nesse contexto, torna-se difícil assimilar uma flexibilização que reduza ainda mais os salários já muitos baixos. Em países desenvolvidos, reduzir direitos do trabalhador diminui seu padrão de vida, enquanto que na América Latina os efeitos são mais graves. Assim, a flexibilização deve levar em conta a realidade social e econômica dos países latino-americanos, para que se imprima justiça à norma jurídica. Implementar, simplesmente, medidas adotadas em outros continentes, sem adequá-las às características América Latina, pode agravar os sérios problemas que enfrentamos.¹⁷⁵ Em uma iniciativa inédita na indústria automobilística do Mercado, a Volkswagen do Brasil, em 16 de abril de 1999, assinou acordo pioneiro com o sindicato dos Metalúrgicos do ABC, de Taubaté e com o Sindicato dos Mecânicos da Argentina, com previsão de cláusulas comuns a todos os funcionários da montadora nos dois países, o que pode ser considerado como primeiro passo para futuras discussões sobre unificação salarial e condições de trabalho dos funcionários da montadora nos países do Mercosul.¹⁷⁶

Pelo acordo, os trabalhadores brasileiros e argentinos terão uma participação mais efetiva nas decisões e nos planos da empresa para o Cone Sul. A Volkswagen assume o compromisso de constituir e respeitar uma comissão de fábrica nas unidades que ainda não a possuem, com a intenção cambial de evitar conflitos.

¹⁷³ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. op. cit., p. 128.

¹⁷⁴ BARROS JÚNIOR, Cássio de Mesquita. op. cit., p. 53.

¹⁷⁵ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. op. cit., p. 127-128.

¹⁷⁶ ESPOSITO, Maurício. **Montadora Assina Acordo com Sindicatos do ABC e da Argentina**. Folha de S.Paulo. São Paulo, 17 de abril de 1999, p. 2.5.

Na Argentina, país onde a indústria automobilística enfrenta sérias dificuldades devido à desvalorização cambial no Brasil, 10 mil metalúrgicos, de um total de 40 mil, estão com o contrato de trabalho suspenso temporariamente. O acordo prevê encontros regulares para a promoção de intercâmbio de informações, melhora de competitividade, resolução de conflitos e discussões sobre a organização sindical.¹⁷⁷

Talvez essa seja o primeiro passo para uma futura harmonização ou talvez até regulamentação das normas trabalhista entre os países do Mercosul, determinando-se regras claras de aplicação recíproca, imprescindíveis para a livre circulação de trabalhadores e para se evitar a xenofobia.¹⁷⁸

¹⁷⁷ *Idem. Ibidem.*

¹⁷⁸ AQUINO, Sonia Aparecida Menegaz Tomaz de. **A Livre Circulação de Trabalhadores no Mercosul**. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (Coords.). **Mercosul: Das Negociações à Implantação**. 2ª ed. rev. Amp. São Paulo: ed. LTr, p. 249, 1998.

CONCLUSÃO

Atualmente, a maior preocupação das entidades internacionais, assim como de algumas nações, é com o desemprego estrutural, advindo da nova tecnologia e, sobretudo, da robotização e da automação.

Se for certo que a transmutação da economia mundial justifica a flexibilização na ampliação das normas de proteção, a fim de harmonizar interesses empresarias e profissionais, não menos certo é que ela não deve acarretar a desregulamentação do Direito do Trabalho. A verdade é que há princípios e normas fundamentais que, independentemente de teorias econômicas, são inseparáveis do esforço da humanidade em favor da justiça social.

A flexibilização pode ser encarada como uma fenda no princípio da inderrogabilidade das normas de proteção ao trabalho, princípio este que vem colocado de forma espessa na CLT (art. 468), mas tal exceção confirma outro princípio basilar do Direito do Trabalho, o princípio da proteção ao hipossuficiente, de modo a proteger os operários como um todo.

Pretende-se com a flexibilização ajustar as normas jurídicas existentes e as normas a serem criadas com a realidade econômica vigente em um determinado país, de modo a contribuir para solucionar os problemas no Direito do Trabalho, advindos de tal conjuntura. Pode-se dizer que a flexibilização exprime o processo de ajustamento das instituições jurídicas às novas realidades da sociedade

capitalista. Vincula-se às questões do desemprego, novos processos de administração da produção, dentre outros. Por meio dela, a empresa ajusta sua produção, mão-de-obra e condições de trabalho às flutuações do sistema econômico.

A flexibilização pode ser conveniente para alguns fins, sem perda do sentido do Direito do Trabalho, mas deve ser acompanhada da adoção de outras medidas que podem evitar a perda do ponto de equilíbrio na relação jurídica de trabalho, dentre as quais a representação dos trabalhadores na empresa, a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados, a adequada regulamentação da dispensa arbitrária ou sem justa causa, no sentido de impedir dispensas relativas, sem vedar as dispensas motivadas por causas econômicas, organizacionais e tecnológicas, além de uma organização de um sistema eficiente de seguro-desemprego.

É certo concluir-se que a flexibilização dos direitos trabalhistas, sozinha, não cria empregos e, muito menos, bons empregos. Esses dependem de vários fatores, sobretudo de pesados investimentos nos setores público e privado.

A missão da Justiça do Trabalho, frente ao processo de globalização, da crise econômica, do emprego e do desenvolvimento tecnológico, reside na busca de conciliação de controvérsias decorrentes da relação de trabalho em face da internacionalização da economia. Para tanto, precisa se adequar à nova realidade que ora se apresenta, pois o Direito, como sociedade, é dinâmico, dialético. Alias, não houvesse distância entre a norma jurídica e a realidade, a ordem social seria mais justa.

Pode-se concluir que, diante dos novos desafios impostos por esses motivos flexibilizantes, o princípio da flexibilização das normas trabalhistas brasileiras pode vir a ser ampliado e aplicado com fito de procurar dar maior liberdade negocial às relações de trabalho – desde que se garanta, por meio do poder Público, a existência e a eficácia de mecanismos de proteção mínima do hipossuficiente – na busca de soluções criativas e equânimes que melhor atendam às necessidades dos dois lados, empregados e empregadores.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Sonia Aparecida Menegaz Tomaz de. **A Livre Circulação de Trabalhadores no Mercosul**. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (Coords.). **Mercosul: Das Negociações à Implantação**. 2º ed. rev. Amp. São Paulo: ed. LTr, 1998.

BARROS JÚNIOR, Cássio de Mesquita. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. LTr: revista legislação do trabalho. São Paulo, ano 59, n. 8, p. 1034-1035, ago. 1995.

_____. **Flexibilização no Direito do Trabalho**. Revista Trabalho & Processo. São Paulo: Editora Saraiva, n. 2, setembro de 1994.

_____. **Prestadores de Serviços e Trabalhadores Terceirizados**. Conferência realizada em 8 abr. 1997 no Hotel Sheraton Mofarrej, em São Paulo.

BELTRAN, Ari Possidonio. **A Autonomia nas Relações do Trabalho**. São Paulo: Ed. LTr, 2005.

BETING, Joelmir. **Na Prática a Teoria e Outra: Os Fatos e as Versões da Economia**. São Paulo: Impres, 1983.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 4ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1994.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 9ª ed. trad. Carmen C. VArriale et al. Coord. Trad. João Ferreira. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997.

BOISSONNAT, Jean. **2015 – Horizontes do Trabalho e do Emprego. Relatório da Comissão Presidida por Jean Boissonnat.** Trad. Edílson Alkmim Cunha. São Paulo: Ed. LTr, 1998.

BUEN UNNA, Carlos de. **La flexibilidad en las relaciones de trabajo: perspectiva mexicana,** In: HERNANDEZ ALVAREZ, Oscar (Coord.). **Flexibilización Del trabajo: un estudio internacional.**

CAMÕES, Luís de. **Os Lusíadas.** São Paulo: Cultrix, 2000.

CAMPERO, Guillermo; FLISFISCH, Angel; TIRONI, Eugenio et al. **Os Atores Sociais no Novo Mundo do Trabalho.** São Paulo: ed. LTr; Brasília, DF: OIT, 1994.

CARDONE, Marly A. **Introdução ao Tema de Flexibilização do Trabalho.** LTr: revista legislação do trabalho, São Paulo, ano 54, n. 7, p. 849-853, jul. 1990.

CARROGI, Marilena. **Formas Atípicas de Trabalho Subordinado.** In: CARDONE, Marly A. (Coord.). **Modernização do Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1992.

CASTELLI, Alejandro. **De la fuerza expansiva a la reduccion Del circulo de sujetos protegidos por el derecho laboral: una nueva tendencia a fines Del siglo XX.** Revista Derecho Laboral. Montevideo. V. 41, n. 190, 1998.

COSTA, Orlando Teixeira da. **Direito Alternativo ou Flexibilização.** LTr: revista legislação do trabalho, São Paulo ano 56, n. 7, p. 779-781, set. 1992.

_____. **O Direito do Trabalho na Sociedade Moderna.** LTr: revista legislação do trabalho, São Paulo, ano 56, n. 6, p. 647-651, jun. 1992.

DINIZ, José Janguê Bezerra. **Perspectivas da Justiça do Trabalho Numa Sociedade Globalizada.** Revista LTr, v. 62, n. 3, março de 1998.

DONATO, Messias Pereira. **Formas Atípicas de Trabalho Subordinado.** In: CARDONE, Marly (Coord.). **Modernização do Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1992.

ESPOSITO, Maurício. **Montadora Assina Acordo com Sindicatos do ABC e da Argentina.** Folha de S.Paulo. São Paulo, 17 de abril de 1999, p. 2.5.

FARIA, José Eduardo. (org.) **Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas**. São Paulo: Malheiros editores Ltda., 1998.

FERNANDES, Aníbal. **Desemprego e Trabalho Temporário**. Jornal Trabalhista, v. 468, n. 10, ago. 1993.

FERNANDES, Antônio Monteiro. **A “flexibilidade” em Direito do Trabalho**. Revista do Tribunal regional do Trabalho TRT da 8ª Região, Belém. V. 1, n. 40, p. 11-16, 1988.

GACEK, Stanley Arthur. **Sistemas de Relações de Trabalho: Exame dos Modelos Brasil-Estados Unidos**. Trad. Sieni Maria Campos. São Paulo: ed. LTr, 1994.

GONZALEZ, Ismael. **Autocomposição de Conflitos Trabalhistas**. Revista LTr. São Paulo: ed. LTr, v. 62, n. 09, setembro de 1998.

HOYOS, Arturo. **La flexibilización del derecho laboral tradicional: tendencias internacionales recientes**. *Derecho laboral*. v. 147, p. 516-533, jul./set. 1987.

_____. **A flexibilização da legislação trabalhista: a Experiência Francês**. Impresso do Conjur – Conselho Superior de Orientação Jurídica e Legislativa da FIESP/CIESP. São Paulo, s.e., 1998.

LEITE, Julio César do Prado. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. Revista Trabalho & Processo. São Paulo: ed. Saraiva, n. 6, setembro de 1995.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os Princípios de Direito do Trabalho Diante da Reforma Neoliberal**. Revista LTr. São Paulo: LTr, v. 61, n. 05, maio de 1997.

LUCENA, Héctor. **Modernización productiva y negociaciones colectivas**. Valencia, 1999.

MAGANO, Octavio Bueno. **A Terceirização**. LTr. Revista legislação do trabalho, São Paulo, ano 56, n. 3, mar. 1992.

_____. **Constituição. Direitos Fundamentais e Contrato de Trabalho**. Revista Trabalho & Doutrina. São Paulo: ed. Saraiva, n. 15, dezembro de 1997.

_____ **Curso de Direito Constitucional do Trabalho: Estudos em Homenagem ao Prof. Amauri Mascaro Nascimento.** São Paulo: Saraiva, 1990.

MANNRICH, Nelson. **A Modernização do Contrato de Trabalho.** São Paulo: ed. LTr, 1998.

_____ **Limites da Flexibilização das Normas Trabalhistas.** Revista do advogado. Temas atuais de Direito do Trabalho. São Paulo: AASP, n. 54: 29-36, dezembro/98.

MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho.** São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. **A) Interpretação e aplicação das normas de direito do trabalho; b) Princípios de direito do trabalho; c) Renúncia e transação.** Revista LTr. São Paulo: LTr, v. 55, n. 06, junho de 1991.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Conceito e Modelos de Jurisdição Trabalhista.** LTr; revista legislação do trabalho. São Paulo. Ano 61, n.8, p. 1017-1025, ago. 1997.

_____ **Curso de Direito do Trabalho.** 21ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2006.

_____ **Questões Atuais de Direito do Trabalho.** LTr: revista legislação do trabalho. São Paulo, ano 61, n. 1, p. 14-33, jan. 1997.

_____ **Subcontratação ou Terceirização.** Revista de Direito do Trabalho, v. 83, n. 20, p. 20-25, set. 1993.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **Flexibilização do Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1991.

PASTORE, José. **A Agonia do Emprego: Investimento de Menos e Regulamentos de Mais.** LTr: revista legislação do trabalho. São Paulo. Ano 60. n. 1, p. 18-27, jan, 1996.

_____ **Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Concentração Coletiva.** São Paulo: ed. LTr, 1994.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: ed. LTr – EDUSP, 1993.

POCHMANN, Márcio. **O Trabalho Sob Fogo Cruzado**. São Paulo: ed. Contexto, 1999.

PRADO, Ney. **Economia Informal e o Direito no Brasil**. São Paulo: LTr, 1991.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Terceirização do Trabalho**. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1995.

RASO DELGUE, Juan. **La contratación atípica del trabajo**. Montevideo, 2000.

REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

RIVAS, Daniel. **La subordinación criterio distintivo del contrato de trabajo**. Montevideo, 1996.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **As Transformações do Direito do Trabalho**. 1994. Tese (Doutorado)- Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo.

_____ **O Moderno Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 1994.

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. **Constituição, Direitos Fundamentais e Contratos de Trabalho**. Trad. De Floriano Corrêa Vaz da Silva. Revista Trabalho & Doutrina. São Paulo: ed. Saraiva, n. 15, dezembro de 1997.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

SHIEBER, Benjamin M. **Iniciação ao Direito Trabalhista Norte-Americano**. São Paulo: ed. LTr, 1988.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Direito do Trabalho e Flexibilização no Brasil**. Perspectiva, v. 11, n. 1, jan. 1997.

SOUZA, Sérgio Alberto de. **Direitos Globalização e Barbárie**. São Paulo: ed. LTr, 1998.

SUPIOT, Alain. **Trasformaciones del trabajo**. Genebra, v. 118, n. 1, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. Ed. LTr, 1994.

_____; MARANHÃO, Délio. **Pareceres de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 1976-1981, v. 4.

_____; _____; VIANNA, José de Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, v. 1.

DECLARAÇÃO DE CORREÇÃO

Declaro para todos os fins de direito que o trabalho monográfico desenvolvido pelo acadêmico **IGOR TRAVAIN DE SOUZA**, com o título **A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA**, foi por mim revisado no tocante ao aspecto gramatical, sendo procedida às devidas correções.

Cacoal - RO, 13 de Março de 2008.

Silvana Agonio dos Santos

Licenciada em Letras com Habilitação em Língua Portuguesa
pela UNESC – União das Escolas Superiores de Cacoal.

DECLARAÇÃO DE AUTORIA

Eu, **IGOR TRAVAIN DE SOUZA**, acadêmico devidamente matriculado no 10º período do Curso de Ciências Jurídicas da Fundação Universidade Federal de Rondônia - UNIR, *Campus* de Cacoal, **DECLARO** para todos os fins que o trabalho monográfico intitulado **A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA**, foi por mim desenvolvido.

Cacoal - RO, 07 de Março de 2008.

IGOR TRAVAIN DE SOUZA